

THAÍS GOVEIA PASCOALOTO VENTURI

**A CONSTRUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA NO DIREITO
CIVIL CONTEMPORÂNEO**

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito das Relações Sociais. Programa de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Doutor Eroulths Cortiano Júnior

**CURITIBA
2012**

TERMO DE APROVAÇÃO

A CONSTRUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA NO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

THAÍS GOVEIA PASCOALOTO VENTURI

Tese aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito das Relações Sociais, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Orientador: Professor Doutor Eroulths Cortiano Junior
Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Coorientador: Professor Doutor Fernando Borges Araújo
Universidade de Lisboa (UL)

Professor Doutor Rodrigo Xavier Leonardo
Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Professor Doutor Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk
Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Professor Doutor Frederico Eduardo Zenedin Glitz
Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA)

Curitiba, 03 de agosto de 2012

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior, orientador que possui a virtude de acreditar no potencial de seus orientandos, pelo incentivo para o meu ingresso no doutorado, pela amizade e apoio à toda prova.

Ao Prof. Dr. Fernando Araújo, Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que conjuga peculiar brilhantismo com simplicidade, agradeço a confiança e a tutela quando da coorientação no período em que cursei o “Doutorado-Sanduíche”.

À banca examinadora, pelas críticas que enriquecem a presente pesquisa.

À Universidade Federal do Paraná, que me proporcionou um período de valiosos estudos no programa de pós-graduação.

À Antônia Schwinden, não apenas pela criteriosa revisão, mas também pelos momentos preciosos de convivência e reflexão.

À Michelline D’ambrosio, pela revisão do resumo em italiano.

Ao professor e amigo Marcos Aurélio de Lima Júnior, pela impecável revisão e contribuição para a elaboração do presente trabalho.

À Rosário e ao Tomás, por terem tornado os dias em Lisboa mais calorosos e alegres.

Ao meu irmão Vinicius, pelo carinho e pelos “mimos do Chef”, e à Carolina Giannini L. Pascoaloto, pela ajuda na elaboração do resumo em espanhol.

À Martha H. Gouveia Debortoli, Marcelo Debortoli, Ana Paula B. de Lima, Luciana e Márcio Cabrini, Kátia Agostini, Valéria Guilherme, que me apoiaram direta ou indiretamente, pelo incentivo, preocupação e ajuda constantes.

Aos meus pais, Irineu e Marli, pela sólida base na minha formação e pelo amor e apoio incondicionais, sem os quais eu nada seria.

Ao Elton, que com uma simples discussão consegue incendiar as minhas ideias, transformando as certezas em incertezas, mas ao mesmo tempo, de forma brilhante e aparentemente fácil, me mostra caminhos até então inimagináveis.

Ao Elton, novamente, com todo o meu amor.

SUMÁRIO

RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
RIASSUNTO	ix
RESUMEN	x
INTRODUÇÃO	1
1. A CRISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL	14
1.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	14
1.1.1 – O direito da responsabilidade civil: a transição paradigmática de seus fundamentos	14
1.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL REPRESSIVA DO OFENSOR AO “DIREITO DE DANOS”	24
1.3 AS ATUAIS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL: PROBLEMAS E PERSPECTIVAS	36
1.3.1 Os problemas inerentes à regra da equivalência na aplicação do princípio da <i>restitutio in integrum</i>	44
1.4 O SURGIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA	53
2. A TUTELA DOS DIREITOS E A RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA	56
2.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL FUNDADA NA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO TANTO REPRESSIVA COMO PREVENTIVA DOS DIREITOS.....	56
2.1.1 O surgimento dos chamados “novos danos”	64
2.2 A VINCULAÇÃO E A INCIDÊNCIA DA APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOBRE O DIREITO PRIVADO	70
2.2.1 A responsabilidade civil preventiva e a tutela adequada dos Direitos de Personalidade.....	76
2.2.2 A responsabilidade civil preventiva e a tutela adequada dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos	82
2.3 OS SISTEMAS DE REPARAÇÃO ESPECÍFICA E DE REPARAÇÃO GENÉRICA DOS DANOS TRANSINDIVIDUAIS NO BRASIL: A TÉCNICA DA	

REPARAÇÃO IN NATURA E A TÉCNICA DA INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA PELO “EQUIVALENTE”, EM BENEFÍCIO DE FUNDOS REPARATÓRIOS	86
2.3.1 O instituto da <i>fluid recovery</i> (art. 100 do CDC) e o enriquecimento ilícito do demandado	94
3. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA.....	98
3.1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: PREMISSAS INTRODUTÓRIAS.....	98
3.2 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: O PROBLEMA DOS PARADIGMAS E A SUPOSTA NEUTRALIDADE INSTRUMENTAL	104
3.3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O SISTEMA BRASILEIRO DE JUSTIÇA	114
3.4 A ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	125
3.5 RESPONSABILIDADE CIVIL E REGULAÇÃO PÚBLICA SOB O PRISMA DA ANÁLISE ECONÔMICA	136
4. A REFUNDAMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PREVENÇÃO.....	144
4.1 A RELEITURA CONCEITUAL DA RESPONSABILIDADE E DE SEUS ELEMENTOS	144
4.1.1 A responsabilidade civil preventiva a partir da releitura do próprio conceito de responsabilidade	144
4.1.2. A confusão entre responsabilidade, ilicitude, dano e dever de reparação	152
4.1.2.1 Ilcitude e culpabilidade	153
4.1.2.2 A confusão entre ilicitude e dano.....	157
4.1.2.3 A ilicitude no Direito Civil brasileiro	161
4.2 A INTERNALIZAÇÃO DA PREVENÇÃO NO DIREITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	165
4.2.1 A prevenção e a responsabilidade civil extracontratual	165
4.2.2 A responsabilidade civil preventiva no campo das relações obrigacionais	170
4.2.2.1 A relação obrigacional compreendida como “processo”	172
4.2.2.2 A relação de cooperação	175

4.2.2.3 Cláusula geral da boa-fé	178
4.2.3 A responsabilidade civil preventiva na perspectiva da <i>obrigação como processo</i> , fundada no adimplemento de <i>deveres jurídicos</i>	182
4.2.4 A internalização da prevenção diante da tendência de unificação dos regimes de responsabilidade civil contratual e extracontratual.....	189
4.3 OS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO: A REFUNDAMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DETERMINADA PELA MUTAÇÃO QUALITATIVA E QUANTITATIVA DOS DANOS E PELA VERIFICAÇÃO DOS RISCOS CONCRETOS OU ABSTRATOS DE SUA OCORRÊNCIA.....	194
5. A RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA E A TUTELA INIBITÓRIA	213
5.1 A TUTELA INIBITÓRIA PROCESSUAL.....	215
5.2 A TUTELA INIBITÓRIA MATERIAL	222
5.3. MECANISMOS INIBITÓRIOS MATERIAIS	227
5.3.1 A garantia do exercício da autotutela para a proteção dos direitos fundamentais no Brasil	227
5.3.1.1 A autotutela no redimensionamento da responsabilidade civil e as despesas preventivas	236
5.3.2 A imputação da responsabilidade civil objetiva e a redefinição do nexo causal como técnicas de tutela inibitória material	245
5.3.3 Instrumentos sancionatórios: as multas civis, o agravamento das reparações e a função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil.....	257
5.3.3.1 A concepção de sanção. Mecanismos sancionatórios e sanção em sentido estrito	257
5.3.3.2 A responsabilidade civil preventiva por meio da implementação de um sistema de multas civis	263
5.3.3.3 A utilização do mecanismo sancionatório das multas civis no direito brasileiro.....	271
5.3.3.4 Os mecanismos da reparação e da multa civil e a dissuasão da violação dos direitos.....	276
5.3.4 O caráter punitivo-pedagógico da responsabilidade civil como forma de prevenção da violação dos direitos.....	281

5.3.4.1 A criação de multas civis contra a violação dos direitos fundamentais e transindividuais: transposição adaptada do modelo das <i>punitive damages</i> para o sistema de justiça brasileiro	286
CONCLUSÃO	296
REFERÊNCIAS	304

RESUMO

A presente tese propõe refundamentar a responsabilidade civil a partir da internalização da prevenção, preconizando o surgimento da denominada *responsabilidade civil preventiva* como instrumento apto a veicular uma tutela inibitória material destinada à proteção contra a violação ou o risco de violação dos direitos fundamentais individuais e transindividuais. A responsabilidade civil tradicionalmente foi sistematizada pela perspectiva repressivo-reparatória, pautada pelo binômio dano-reparação, o que vem se revelando insuficiente e insatisfatório diante das dinâmicas necessidades de mutação da regulação social na contemporaneidade, evidenciando o estado da crise de fundamentação e de efetividade do instituto. Indispensável, nesse sentido, que se levem em consideração as formas de tutela dos direitos inerentes à pessoa, notadamente os direitos fundamentais abrangendo os direitos da personalidade e os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, cuja inviolabilidade representa diretriz constitucional que vincula todo o Direito Privado, aí compreendido o direito de responsabilidade. Assim, demonstra-se que a responsabilidade civil deve estar fundada tanto na repressão e adequada reparação dos danos como, igualmente, na prevenção e na inibição da violação dos direitos. A tese não exclui nem diminui a relevância do tradicional sistema *curativo* dos danos, objetivando complementá-lo e reformá-lo, instituindo um sistema conjugado *preventivo* daqueles. A partir da premissa segundo a qual a eficiência do direito da responsabilidade civil deve ser medida não tanto pela eficaz e integral reparação de danos, mas, antes, por sua capacidade de evitá-los ou minimizá-los, a pesquisa investiga a aplicação da racionalidade da doutrina da análise econômica do direito e de sua utilidade para refundamentar o instituto. No desenvolvimento da responsabilidade civil preventiva, a tese preconiza a necessidade de importantes revisões conceituais, a partir do próprio significado ético e prospectivo de ‘responsabilidade’, alcançando também a releitura dos elementos estruturantes do instituto, designadamente a ilicitude, a culpabilidade, o nexo causal e o dano. Além disso, investiga-se de que forma os princípios da prevenção e da precaução, gradativa e crescentemente aplicados no sistema de justiça brasileiro, alicerçam e sistematizam a refundamentação proposta. Por fim, a tese defende que a responsabilidade civil preventiva exponha a necessidade da chamada *tutela inibitória material*, que busca revelar o comprometimento do próprio direito material com a prevenção da violação dos direitos e da eventual produção de danos, tal como já concretizado pelo direito processual por via das técnicas de tutela inibitória. Para tanto, preconiza-se a implementação ou o aprimoramento, de técnicas e mecanismos inibitórios materiais, tais como a autorização para o emprego de uma redimensionada autotutela, a ampliação das hipóteses de imputação objetiva da responsabilidade e flexibilização do nexo causal, e o emprego de multas civis, aptas a exercer função punitivo-dissuasória atualmente subversivamente instrumentalizada pela exasperação da compensação por danos extrapatrimoniais.

PALAVRAS-CHAVE: RESPONSABILIDADE CIVIL – REFUNDAMENTAÇÃO
PREVENÇÃO – TUTELA INIBITÓRIA MATERIAL

ABSTRACT

This present thesis has the purpose of re-founding civil responsibility from the internalization of prevention, advocating the rise of the so-called preventative civil liability as an apt instrument to convey a material prohibitory injunction for the protection against the violation or the risk of violation of individual and transindividual fundamental rights. Traditionally, civil liability has been systematised by the repressive-compensatory perspective, which is ruled by the damage-compensation binomium, which has been revealing itself insufficient and unsatisfying in face of the dynamic needs of change in social regulation nowadays, highlighting the state of the crisis in the reasoning and effectivity of the doctrine. It is imperative, in this sense, that one takes into consideration the forms of protection of the rights inherent to the person, most notably the fundamental rights encompassing private rights and the diffuse, collective and homogeneous individual rights, whose inviolability represents a constitutional driving force which binds the whole Private Law, the liability right coming within. Thus, it can be demonstrated that civil liability must be based both in the repression and adequate award of damages, as well as in the prevention and inhibition of the violation of rights. The thesis neither excludes nor diminishes the relevance of the traditional award of damages system, but has the aim of complementing and reforming it, establishing a preventative conjugated system to the former. From the premiss according to which the efficacy of the civil liability right should be measured, not so much by the efficient and integral award of damages, but, primarily by its ability of avoiding or minimising them, the research investigates the applicability of the rationality of the economic analysis of law and its utility in re-founding the doctrine. In the development of the preventative civil liability, the thesis advocates the need of important conceptual revisions, from the very own ethical and prospective meaning of 'liability' to the reinterpretation of structuring elements of the doctrine, especially unlawfulness, culpability, causation and damage. Furthermore, it investigates how the principles of prevention and precaution, gradually and more frequently applied in the Brazilian judicial system, form the basis and systematise the proposed re-founding. Finally, the thesis defends that the preventative civil liability should expose the need for the so-called material prohibitory injunction, which seeks to reveal the compromise of the substantive law itself with the prevention of the violation of rights and the eventual causing of damage, as already defined by procedural law through prohibitory injunction techniques. For that, we advocate the implementation or enhancement of the material inhibitory techniques and mechanisms, such as the authorisation for the use of a redimensioned self-injunction, the extension of the hypotheses for the objective imputation of liability and flexibilization of causation and the use of civil penalties, able to exert the punitive-dissuasive function which is subversively used nowadays in the steep awards of damages.

KEYWORDS: CIVIL LIABILITY – RE-FOUNDING – PREVENTION – MATERIAL PROHIBITORY INJUNCTION.

RIASSUNTO

La presente tesi propone rifondare la responsabilità civile partendo dalla interiorizzazione della prevenzione preconizzando il sorgimento della denominata *responsabilità civile preventiva* come strumento atto a veicolare una tutela inibitoria materiale destinata alla protezione contro la violazione o il rischio di violazione dei diritti fondamentali individuali e transindividuali. La responsabilità civile tradizionalmente è stata sistematizzata dalla prospettiva ripressivo-riparatoria, guidata dal binomio danno-riparazione, il che si sta rivelando insufficiente e insoddisfacente di fronte alle dinamiche necessità di mutazione della regolazione sociale nella contemporaneità, evidenziando lo stato della crisi di fondamentazione e di effettività dell'istituto. Indispensabile, in questo senso, che si prendano in considerazione le forme di tutela dei diritti inerenti alla persona, notoriamente i diritti fondamentali ivi compresi i diritti della personalità e i diritti difusi, collettivi e individuali omogenei, la cui inviolabilità rappresenta direttiva costituzionale che vincola tutto il Diritto Privato, lì compreso il diritto di responsabilità. Così, si dimostra che la responsabilità civile deve essere fondata tanto nella repressione e adeguata riparazione dei danni come, ugualmente, nella prevenzione e nella inibizione della violazione dei diritti. La tesi non esclude né diminuisce la rilevanza del tradizionale sistema *curativo* dei danni, avente come obbiettivo complementarlo e riformarlo, istituendo un sistema coniugato *preventivo* di essi. Partendo dalla premessa secondo la quale l'efficienza del diritto della responsabilità civile deve essere misurata non tanto per l'efficace e integrale riparazione dei danni, ma piuttosto per la sua capacità di evitarli o minimizzarli, la ricerca indaga l'applicazione della razionalità della dottrina dell'analisi economica del diritto e della sua utilità per rifondare l'istituto. Nello sviluppo della responsabilità civile preventiva, la tesi preconizza la necessità di importanti revisioni concettuali, partendo dallo stesso significato etico e prospettivo di "responsabilità", raggiungendo anche la rilettura degli elementi strutturanti dell'istituto, precisamente l'illiceità, la colpevolezza, il nesso casuale e il danno. Oltre a questo, si ricerca come i principi della prevenzione e della precauzione, graduale e crescentemente applicati nel sistema di giustizia brasiliano, fondamentano e sistematizzano la rifondazione proposta. Per concludere la tesi difende che la responsabilità civile preventiva esponga la necessità della chiamata *tutela inibitoria materiale*, che cerca di rivellare il coinvolgimento dello stesso diritto materiale con la prevenzione della violazione dei diritti e della eventuale produzione di danni, così come concretizzato dal diritto processuale tramite le tecniche di tutela inibitoria. Per questo, si preconizza l'implementazione o il miglioramento di tecniche e meccanismi inibitori materiali, tali come l'autorizzazione per l'impiego di una ridimensionata autotutela, l'ampliamento delle ipotesi d'imputazione obbiettiva della responsabilità e flessibilizzazione del nesso causale, e l'impiego di multe civili, atte ad esercitare funzione punitiva-dissuasiva attualmente sovversivamente strumentalizzata dall'exasperazione della compensazione per danni extrapatrimoniali.

PAROLAS CHIAVE: RESPONSABILITÀ CIVILE – RIFONDAZIONE-PREVENZIONE- TUTELA INIBITORIA MATERIALE

RESUMEN

La presente tesis propone refundamentar la responsabilidad civil a partir de la internalización de la prevención, preconizando el surgimiento de la denominada responsabilidad civil preventiva como instrumento apto a vehicular una tutela inhibitoria material, destinada a la protección contra la violación o el riesgo de violación de los derechos fundamentales individuales y transindividuales. La responsabilidad civil tradicionalmente fue sistematizada por la perspectiva represivo-reparatoria, pautada por el binomio daño-reparación, lo que se revela insuficiente e insatisfactorio ante las dinámicas necesidades de mutación de la regulación social en la contemporaneidad, evidenciando el estado de la crisis de fundamentación y de efectividad del instituto. Indispensable, en este sentido, que si lleven en consideración las maneras de tutela de los derechos inherentes a la persona, notándose los derechos fundamentales conteniendo los derechos de la personalidad y los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, cuya inviolabilidad representa directriz constitucional que vincula todo el Derecho Privado, allí comprendido el derecho de responsabilidad. Así, se demuestra que la responsabilidad civil debe estar fundamentada tanto en la represión y adecuada reparación de los daños como, igualmente, en la prevención y en la inhibición de la violación de los derechos. La tesis no suprime, tampoco disminuye, la relevancia del tradicional sistema *curativo* de los daños, objetivando complementarlo y reformarlo, instituyendo un sistema conjugado *preventivo* de aquellos. A partir de la premisa según la cual la eficiencia del derecho de la responsabilidad civil debe ser medida no solo por la eficaz e integral reparación de daños, sino antes, por su capacidad de evitarlos o minimizarlos, la pesquisa investiga la aplicación de la racionalidad de la doctrina del análisis económico del derecho y de su utilidad para refundamentar el instituto. En el desarrollo de la responsabilidad civil preventiva, la tesis preconiza la necesidad de importantes revisiones conceptuales, a partir del propio significado ético y prospectivo de ‘responsabilidad’, logrando también la relectura de los elementos estructurales del instituto, designada la ilicitud, la culpabilidad, el nexo causal y el daño. Además, se investiga de qué manera los principios de la prevención y de la precaución, gradual y crecientemente aplicadas en el sistema de justicia brasileño, unen y sistematizan la refundamentación propuesta. Finalmente, la tesis defiende que la responsabilidad civil preventiva exponga la necesidad de la llamada *tutela inhibitoria material*, que busca revelar el comprometimiento del propio derecho material con la prevención de la violación de los derechos y de la eventual producción de daños, tal como ya concretizado por el derecho procesal por vía de las técnicas de tutela inhibitoria. Para ello, preconizase la implementación o la mejora de técnicas y mecanismos inhibitorios materiales, tales como la autorización para el empleo de una redimensionada autotutela, la ampliación de las hipótesis de imputación objetiva de la responsabilidad y flexibilización del nexo causal, y el empleo de multas civiles, aptas a ejercer función punitivo-disuasoria actualmente subversivamente instrumentalizada por la exasperación de la compensación por daños extrapatrimoniales.

PALABRAS CLAVE: RESPONSABILIDAD CIVIL – REFUNDAMENTACIÓN
PREVENCIÓN – TUTELA INHIBITORIA MATERIAL

INTRODUÇÃO

Constitui lugar comum na moderna teoria do Direito civil¹ a busca por novos modelos de regulação social que se apresentem aptos a concretizar os valores constitucionais do Estado Social de Direito², não apenas por força das aspirações de específicas comunidades nacionais, mas também, pela absoluta necessidade de proteção dos direitos fundamentais do ser humano.³

Não há nada de novo, por certo, na busca da harmonia social por via da proteção do ser humano individualmente considerado, diretriz filosófica motora das revoluções liberais⁴ que nos legaram a construção de modelos políticos e econômicos responsáveis, em muito, pelo que somos hoje.⁵

Ocorre que a sociedade do final do século XX e início do século XXI assistiu e ainda assiste à aproximação dos diversos “mundos”, até então apartados por aparentes antagonismos e incomunicabilidades que cedem, a cada dia, diante da própria evolução tecnológica.

Todavia, desta feita, muito mais do que nos referirmos a “crises” de toda ordem (adiante ressaltadas), certamente incidentes ao longo da história, parece que estamos vivenciando um momento no qual, a partir da real transição dos sistemas políticos e econômicos,⁶ causados ou agravados pelo fenômeno da globalização,⁷

¹ BARROSO, Luiz Roberto. *Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. TEPEDINO, Gustavo (org.). São Paulo: Atlas, 2008, p. 257 e segs.

² De acordo com Francisco AMARAL: “As mudanças sociais decorrentes da Revolução Industrial e do avanço tecnológico têm exigido do Estado uma intervenção crescente em favor do bem estar e da justiça social, acentuando-se a importância do direito como instrumento de planejamento econômico, multiplicando-se as normas jurídicas de programação social e estabelecendo-se novos critérios de distribuição de bens e serviços. O direito evolui de suas funções tradicionalmente repressivas para outras de natureza organizatória e promocional, estabelecendo novos padrões de conduta e promovendo a cooperação dos indivíduos na realização dos objetivos da sociedade contemporânea, caracterizando o chamado Estado Social.” *Direito Civil: introdução*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 12.

³ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 175-187.

⁴ ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 97 e segs. GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991, p. 26 e segs. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, p. 204 e segs. GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo: Fontes, 2003, p. 24 e segs.

⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 85. CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. Coimbra: Centelha, 1981, p. 60 e seguintes. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 77-79.

⁶ De acordo com Natalino IRTI, “a teoria dos microssistemas bem se adapta à pluralidade jurídica dos mercados, cada um dos quais definido, não por características econômicas ou naturais,

percebe-se a imprescindível necessidade de reconstrução das formas de correlacionamento social, o que demanda respostas adequadas e intrinsecamente compartilhadas por parte dos diversos ordenamentos jurídicos comunitários.

Dessa forma, a “velha novidade” que se apresenta à apreciação de todos, e dos juristas em particular, diz respeito à compreensão de que a sociedade não apenas necessita como deseja a elaboração de modelos que correspondam às expectativas médias de uma vida digna.⁸

Tal dignidade, contudo, não pode mais prescindir de um olhar coletivo, solidário e corresponsável.⁹ O paradigma individualista parece não mais se sustentar ou bastar em si mesmo. Daí a alusão à descoberta de novos paradigmas, aptos não apenas a justificar, mas, sobretudo, a concretizar os direitos fundamentais, individuais e sociais, sem os quais a busca pela dignidade humana não passa de retórica.¹⁰

mas pela especificidade do regime normativo. À pluralidade dos estatutos de mercado corresponde tendencialmente uma pluralidade de microssistemas”. IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4ª ed. Milão: Giuffrè, 1999, p. 11.

⁷ “Processo típico da segunda metade do séc. XX que conduz a crescente integração das economias e das sociedades dos vários países, especialmente no que toca à produção de mercadorias e serviços, aos mercados financeiros, e à difusão de informações”. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 991. Acerca da exsurgência da globalização, afirma SANTOS que “mais do que qualquer outra antes dela, é exigente de uma interpretação sistêmica cuidadosa, de modo a permitir que cada coisa, natural ou artificial, seja redefinida em relação com o todo planetário”. SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, p. 171. Ver, ainda: BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999; GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolo: o que a globalização está fazendo de nós*. 3ª ed. São Paulo: Record, 2003, p. 21; FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 71 e segs; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *O contrato e a sua internacionalização: o novo papel do costume como fonte de obrigações contratuais*, 2011, 425 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011, p. 128 e segs.

⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 137 e segs. PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Camerino: Jovene Editore, 1972. TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 23-58.

⁹ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 461 e segs. MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social. *A reconstrução do direito privado*. MARTINS-COSTA, Judith (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 620 e segs.

¹⁰ Analisando a influência do paradigma racionalista sobre o Direito, Ovídio Baptista da SILVA já destacava que “Na verdade, o princípio de que o Direito, como dissera Montesquieu, seria sempre o mesmo, enquanto expressão do justo, ‘independentemente de quem o considerasse, fosse Deus, um anjo, ou enfim um homem’, sendo portanto imune às transformações históricas, ainda preside o soberano pensamento jurídico, reproduzido mecanicamente pela Universidade. A explicação para essa extraordinária distância entre o Direito e a vida social decorre do apego a esse princípio. É uma consequência natural das concepções filosóficas e políticas, especialmente políticas, do liberalismo europeu, ao tentar transformar o direito numa ciência abstrata e formal, consequentemente invariável,

O desafio a que se propõe a presente tese diz respeito à releitura do Direito da responsabilidade civil, com olhares voltados à possível reconstrução deste instituto que, não obstante tradicionalmente vocacionado para instrumentalizar a reparação de danos, pode e deve se prestar a papéis muito mais amplos e consentâneos com a afirmação da proteção dos direitos da pessoa.

Nesse sentido, buscar-se-á demonstrar não apenas a necessidade como também os caminhos abertos para a refundamentação¹¹ ou refuncionalização¹² da responsabilidade civil, capazes de orientá-la para a proteção dos direitos sob uma *perspectiva eminentemente preventiva*.

Não se trata, por evidente, de negar ou mesmo diminuir a tradicional função reparatória do instituto, imprescindível e de extrema utilidade à recomposição dos danos provocados pela violação dos direitos. Trata-se, por outro lado, de redimensionar o Direito da responsabilidade civil, fazendo-o incidir também para a

com seu patrimônio conceitual imune às vicissitudes históricas. Resumindo, é a herança racionalista que nos acompanha”. *Processo e Ideologia – o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 90.

¹¹ O fundamento é a razão que justifica uma regra ou um instituto jurídico, estabelecendo a congruência desses com os ideais de justiça que permeiam uma dada sociedade em determinado período histórico. Afirmar Louis BACH referindo-se ao fundamento da responsabilidade jurídica: “*Et c’est pourquoi nous dirons que rechercher le fondement d’une responsabilité juridique, c’est à dire le fondement, soit de la responsabilité d’un sujet de droit dans un cas déterminé, soit, ce qui revient au même, de la règle qui statue cette responsabilité, c’est rechercher la raison qui la justifie, c’est-à-dire que permet d’affirmer que la réglementation établie en la matière par le législatuer et ‘l’application’ que font de celle-ci les tribunaux, sont conformes aux idéaux de justice que fait siens une société donnée à une époque déterminée de son existence (...). Ce postulat une fois admis, une première conséquence paraît devoir en découler: c’est que le fondement de la responsabilité civile, comme de toute responsabilité juridique, doit être recherché dans un principe qui se situe, de soi, c’est-à-dire initialement, en dehors du droit, autrement dit dans une norme, dans une principe métajuridique*”. Tradução livre: “Diríamos que buscar o fundamento de uma responsabilidade jurídica é buscar a razão que a justifica, quer dizer que permite afirmar que a regulamentação estabelecida sobre a matéria pelo legislador e a aplicação que fazem dela os tribunais estão em conformidade com os ideais de justiça que tornam seus uma dada sociedade em uma época determinada de sua existência. (...) Uma vez admitida essa premissa, uma primeira consequência deve ser destacada: é a de que o fundamento da responsabilidade civil, como de toda a responsabilidade jurídica, deve ser buscado em um princípio que se situe por ele mesmo, quer dizer, inicialmente, fora do Direito, diferentemente dito, em uma norma, em um princípio metajurídico.” BACH, Louis. *Fondement de la Responsabilité en Droit Français. Revue Trimestrielle de Droit Civil*, nº1, janvier-mas, LXXV, Paris: Sirey, 1977, 1. p. 20.

¹² Afirmar RUZYK, “o que se cogita é de uma prestação (ou seja, de uma função) que consiste na promoção, exercício e proteção de liberdade das pessoas em relação, a ser levada a efeito pelos institutos fundamentais do Direito Civil”. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 149. Acerca do tema, consultar: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura e função – novos estudos da teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 101 e seguintes; BARROSO, Luiz Roberto. *Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*; TEPEDINO, Gustavo (org.). São Paulo: Atlas, 2008, p. 257 e segs; e DUGUIT, León. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoleon*. Paris: Felix Alcan, 1912.

proteção da integralidade dos direitos, vale dizer, para a prevenção contra a sua violação e possível produção de danos.

Aludir-se à responsabilidade civil preventiva pode parecer estranho, incomum, subversivo ou até mesmo equivocado, ao menos quando contrastada a referida designação com os fundamentos e objetivos tradicionalmente imputados ao instituto. Contudo, o que se pretende é justamente a internalização da prevenção no Direito da responsabilidade civil, para a adequada proteção dos direitos, o que já vem sendo objeto de importantes trabalhos doutrinários.¹³

É certo que a prevenção dos danos deriva de um princípio geral do Direito, concernente ao *neminem laedere*, podendo, assim, aparentar-se alienada dos clássicos referenciais repressivos propugnados pela responsabilidade civil compreendida como um “Direito de Danos”. Todavia, parece cada vez mais evidente a insatisfatoriedade do sistema de justiça civilista, que se deseja “constitucionalizado”, quando reduz o Direito da responsabilidade civil à mera regulação dos danos decorrentes da violação dos direitos.

Muito embora a ideia de prevenção sempre tenha estado mais ou menos presente no âmbito da responsabilidade civil, todavia, comumente é tratada de forma meramente indireta, reflexa ou eventual.¹⁴

A partir dessa constatação, e assumindo a premissa de que a exsurgência de novas realidades sociais impõem a assunção da prevenção como novo fundamento da responsabilidade civil, a tese ora apresentada busca trilhar caminhos que oportunizem um redimensionamento do tema, no intuito da verificação dos problemas e apontamentos de eventuais soluções que se prestem à implementação de um sistema de responsabilização que, funcionando conjunta e paralelamente

¹³ A prevenção como fundamento da responsabilidade civil já vem sendo debatida na doutrina de diversos países (França, Itália, Áustria, Alemanha, Estados Unidos, dentre outros). Nesse sentido consultem-se: THIBIERGE, Catherine. *Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?)*. *Revue Trimestrelle de droit Civile*, n.º 3, 1999, p. 561; KOURILSKY, Philippe e VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution*. Paris Editions Odile Jacobs, 2000; PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 766 e seguintes; European Group on Tort Law. *Principles of European Tort Law*. Áustria: Springer Wien New York, 2005; SCHÄFER, Hans-Bernd and OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*. Northampton, MA: Edward Elgar, 2004, p. 113 e segs. Na doutrina brasileira: LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010 e; COUTO E SILVA, Clóvis V. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et compare*. 1998, p. 56.

¹⁴ Como adiante se destacará, a função de prevenção vem sendo aplicada por via do possível agravamento da indenização/compensação, nos moldes já consagrados pelo sistema norte-americano (teoria dos *punitive* ou *exemplary damages*), e a cada dia mais recorrente na jurisprudência brasileira, nos casos de responsabilidade civil decorrente de danos morais.

com o sistema reparatório, seja apto a veicular uma verdadeira tutela inibitória material,¹⁵ que facilite e amplie a proteção jurisdicional dos direitos essenciais inerentes à pessoa e aos interesses difusos e coletivos.

Isso porque a própria premissa em que se funda a responsabilidade civil repressiva (dever de indenizar os danos “causados pelo infrator” ou, mais modernamente, os danos “sofridos pela vítima”), parece insuficiente e por vezes até mesmo inadequada para fundamentar um instituto atualmente predestinado, como de resto todo o Direito Privado, à proteção contra a violação dos direitos fundamentais e transindividuais.

Por outro lado, ainda quando os danos decorrentes da violação dos direitos comportam as tradicionais formas de indenização ou de compensação, os conhecidos obstáculos impeditivos ou restritivos do acesso à justiça acabam por, no mais das vezes, inviabilizar a concretização das metas sociais constitucionalmente estabelecidas. A redução das desigualdades e a isonomia de tratamento dos cidadãos são devidas a todos, com vistas ao atingimento mais próximo possível do que se entende por dignidade, não de uma ou de algumas privilegiadas vidas humanas, mas a de todas elas.

Compreender-se a incidência do sistema de responsabilidade civil por um viés preventivo parece ainda mais necessário e oportuno na medida em que se constata que grande parte dos direitos mais caros aos seres humanos (dentre os quais, os próprios direitos fundamentais, derivados ou não dos atributos da personalidade, e os direitos difusos e coletivos), caracteriza-se pela nota da extrapatrimonialidade, não comportando solução repressiva satisfatória.

Ademais, hoje se tem a exata noção do que pode significar, em um contexto global, a produção de determinados tipos de danos (tais como à saúde e ao meio ambiente) que, por sua extrema gravidade e irreparabilidade, exigem uma reformatação dos sistemas de justiça (aí incluído o Direito de responsabilidade civil), precisamente para evitá-los a todo custo.

Muito mais do que se lamentar a ineficiência do “estado da arte”¹⁶, ou cogitar-se de releituras filosóficas que se destinem tão somente a apontar o “drama” ou a

¹⁵ Conforme será demonstrado no capítulo 5 da presente pesquisa, preconiza-se o comprometimento do Direito material com a implementação de técnicas que viabilizam a prevenção do ilícito e do dano, para além das já existentes e utilizadas no âmbito do processo, destacadamente, por via da técnica da tutela inibitória processual.

“crise”¹⁷ do Direito da pós-modernidade, os grandes desafios a que se propõe a presente tese dizem respeito tanto à justificação da prevenção como um novo fundamento da responsabilidade civil (passando assim a dividi-la em duas espécies: *responsabilidade civil repressiva* e *responsabilidade civil preventiva*), bem como à demonstração de mecanismos ou instrumentos hábeis a uma tal internalização preventiva.

A hipótese que se pretende apresentar diz respeito à necessidade da (re)elaboração do sistema de responsabilidade civil, objetivando caracterizá-lo e operacionalizá-lo não apenas como *repressivo*, mas também, *preventivo*. Para tanto, torna-se necessário delimitar o âmbito de aplicação e de atuação que se pretende com a refundamentação da responsabilidade civil a partir da sua conotação preventiva.

Nesse sentido, inicialmente é importante esclarecer que quando se alude à *responsabilidade civil preventiva* toma-se por base, essencialmente, o campo de atuação da responsabilidade civil extracontratual e o seu respectivo regime jurídico.¹⁸

A pesquisa ora desenvolvida parte da análise do Direito de responsabilidade civil baseado no sistema tradicional, fundado na perspectiva do binômio *dano-reparação* que suscita a verificação de uma típica relação jurídica obrigacional,¹⁹

¹⁶ Conforme explica HIRONAKA, “A expressão ‘estado da arte’ vem do vocabulário técnico inglês – *state of the art* – e tem emprego especialmente presente nas áreas biológicas, mas sua função costuma ser coloquial mesmo nesse ambiente acadêmico técnico, ou seja, seu sentido decorre do senso comum dos autores e práticos da área e não de um conceito extremamente preciso. Considerando, assim, ‘estado da arte’ como tradução ou decorrência de *state of the art*, pode-se dizer que se trata da condição de determinada prática técnica em determinada época, nada mais. Em outras palavras, ‘estado da arte’ é uma condição de máximo desenvolvimento de uma técnica em determinado momento, e que por isso mesmo está fadado a ser superado por estágios mais avançados com o correr do tempo. Hoje em dia é muito comum encontrar essa expressão de origem inglesa transportada para todas as línguas europeias e para outras áreas de ciências exatas ou de conhecimento técnico.” HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade civil: o estado da arte, no declínio do segundo milênio e albores de um novo tempo. Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério Donnini (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 191.

¹⁷ Acerca da crise dos fundamentos da responsabilidade civil ver JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 3ª éd. Paris: Dalloz, 1996, p. 17.

¹⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 430 e segs.

¹⁹ De acordo com Fernando NORONHA, “existem duas maneiras de encarar qualquer situação jurídica obrigacional da vida real: uma, vendo nela apenas o que se chama relação obrigacional simples, isto é, somente vendo o vínculo entre credor e devedor, que se traduz no poder do primeiro de exigir uma prestação, que o segundo tem o dever de realizar; outra, vendo-a numa perspectiva totalizante ou globalizante, com a pluralidade de direitos, obrigações e outros vínculos jurídicos que nela se interligam”. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 157. Afirmar Franz WIEACKER, “a

compreendendo sujeitos determinados (ofensor e vítima).²⁰ Com base nisso, analisar-se-á em que medida a responsabilidade civil preventiva poderia atuar dentro de um sistema assim racionalizado.

Ressalta-se, contudo, que não se ignora a possibilidade da incidência da prevenção no campo da responsabilidade civil negocial, sobretudo quando se compreende o atual sentido propugnado para a relação obrigacional oriunda dos negócios jurídicos, pautada cada vez mais por princípios de cooperação, solidariedade e boa-fé, que lhe conferem um dinamismo próprio a ser compreendido pela concepção da “relação obrigacional como processo”.²¹

Em que pese o desenvolvimento do fundamento preventivo pautar-se preliminarmente na análise do sistema da responsabilidade extracontratual, torna-se imprescindível verificar como a prevenção também vem sendo incorporada na responsabilidade civil negocial, por via da observância de deveres jurídicos oriundos do referido princípio da boa-fé e dos denominados deveres laterais ou de conduta.²²

Uma tal verificação conjunta das possibilidades da atuação preventiva nos regimes de responsabilidade parece necessária e apropriada, sobretudo tendo em conta as pertinentes críticas voltadas contra a divisão estanque entre a responsabilidade civil negocial e a extracontratual e, ainda, a notória tendência de

relação obrigacional, equiparada pelo BGB à pretensão do credor (ou a uma multiplicidade de pretensões) foi reconhecida pela prática e pela teoria como uma relação jurídica complexa (<<organismo>>) de contornos vastos e alastrantes, a partir da qual podem ser deduzidos não só múltiplos deveres acessórios e ‘deveres de proteção’ de caráter geral, tanto do lado de uma das partes como do lado da outra, mas também assunções de deveres pré-contratuais (*culpa in contrahendo*) e uma responsabilização contratual do respectivo credor (*culpa in exigendo*)”. *História do direito privado moderno*. 2ª ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 597.

²⁰ De acordo com Silvio Neves BAPTISTA, “a relação obrigacional decorrente do fato jurídico dano, na qual o sujeito do direito ao ressarcimento é o prejudicado, e o sujeito do dever o agente causador ou o terceiro a quem a norma imputa a obrigação”. *Teoria geral do dano: de acordo com o novo código civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 60.

²¹ SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatky, 1976, p. 71 e segs.

²² Os deveres de conduta, ou, ainda, os deveres laterais ou anexos emanam do princípio da boa-fé objetiva e possuem uma finalidade própria “independente e diversa daquela consistente no mero auxílio do cumprimento da prestação principal. Desempenham, à evidência, um papel designadamente funcional, voltado a obstaculizar as consequências indesejáveis e a criar condições para a satisfação como um todo dos interesses das partes”. LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. *Revista de Derecho Privado*. Madrid, 1959, p. 21-22. Em resumo, os deveres laterais ou de conduta promovem um “alargamento unificador da noção de adimplemento”. SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Adimplemento contratual e cooperação do credor*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43.

unificação dos referidos sistemas de responsabilidade civil, que vindo sendo preconizada por ilustre doutrina.²³

É importante destacar que no desenvolvimento da pesquisa optou-se pela adoção da expressão “responsabilidade civil preventiva” em sentido lato, na medida em que, como se verá, além de basear-se no princípio da prevenção (proteção contra riscos já conhecidos), também pode se assentar no princípio da precaução (proteção contra riscos potenciais).

Toda a linha de pesquisa objetiva, assim, uma releitura da teoria geral da responsabilidade civil com vistas ao seu possível redimensionamento, seja quanto aos seus fundamentos, seja quanto às suas funções, mediante o exame dos problemas e das perspectivas abertas pela aplicação do instituto na atualidade, a evidenciar um “panorama de crise”.²⁴

Assim, a pretendida internalização da prevenção como núcleo fundante da responsabilidade, ao lado da reparação, representa tentativa de aprimorar o sistema de justiça para que consiga oferecer respostas mais apropriadas para a proteção dos direitos fundamentais correlatos aos direitos da personalidade e aos interesses coletivos em sentido amplo, a cada dia mais ameaçados diante do caráter muitas vezes irreversível dos danos causados, o que aponta para a evidente insuficiência do ressarcimento.²⁵

Na medida em que todas as atenções parecem voltadas para o processo de humanização da pessoa da vítima de danos, que merece a mais integral e adequada reparação, pouco ou quase nenhum espaço tem remanescido para a análise de um possível caráter preventivo da responsabilidade civil.

O que se pretende demonstrar é a incoerência de um sistema que, ao mesmo tempo em que preconiza a adequada proteção e humanização da pessoa da vítima,

²³ ALPA, Guido. *Responsabilità civile e danno: lineamenti e questioni*. Il Mulino, 1991, p. 17-18. AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 6ª ed., v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 141-144; ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 831-832; VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*. 3. éd., Paris: L.G.D.J, 2007, p. 668-669 e; COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile em droit brésilien et compare*. 1998, p. 3-5.

²⁴ SALVI, Cesare. *La responsabilità civile*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2005, p. 310-312; VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*. 3. éd., Paris: L.G.D.J, 2007, p. 75-76. Afirma Ricardo Luis LORENZETTI “percebemos uma crise da ‘teoria geral da responsabilidade civil’, a qual, com o fito de manter a vigência dos princípios conceituais amplamente elaborados, acaba por dotá-los de uma abstração cada vez maior, com o fito de abranger hipóteses heterodoxas. Deste modo perdem sua unidade normativa”. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 50.

²⁵ SEGUÍ, Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 52, Out./dez., 2004, p. 13-15.

por via da funcionalização proporcionada por um “Direito de Danos”,²⁶ admite justamente o inadmissível, vale dizer, a ocorrência da violação aos direitos e, por consequência, os danos.

Nesse sentido, busca-se demonstrar que a prevenção deve também fundamentar a responsabilidade civil na atualidade, não sendo lógico nem razoável relegar um tal papel dissuasório da ilicitude e da lesividade individual e social exclusivamente ao Direito Público. O Direito Privado igualmente possui tal encargo.²⁷

Se o Direito Privado e, mais especificamente, o Direito Civil e seu sistema de responsabilidade também devem estar comprometidos com a concretização dos direitos fundamentais individuais e transindividuais (sobretudo pelo fenômeno da constitucionalização)²⁸, nada mais certo do que deles se cobrar adequada resposta aos anseios de tutela, antes e até mesmo independentemente de eventual proteção jurisdicional que se busque por via do direito de ação.²⁹

²⁶ GOMES, Orlando. *Tendências modernas da reparação de danos. Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 293.

²⁷ Como assevera Jane Reis Gonçalves PEREIRA: “Já não é novidade afirmar que a força normativa da Constituição projeta-se sobre todo o ordenamento jurídico. Um dos traços fundamentais do constitucionalismo contemporâneo é a transformação de uma miríade de assuntos que eram tratados pelo direito civil em matéria constitucional, *tornando tênues as fronteiras entre o público e privado*. Se no século XIX o Código Civil desempenhara, em caráter exclusivo, a função de normatizar as relações jurídicas entre os indivíduos - ocupando, assim, posição central no sistema de fontes -, a partir do pós-guerra a Constituição passa a ser o elemento que confere unidade ao ordenamento jurídico, continente de valores e princípios que condicionam todos os ramos do Direito”. Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre particulares. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. BARROSO, Luís Roberto (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 120. Sob esse aspecto, afirma Konrad HESSE: “(...) a Constituição não é mais apenas a ordem jurídico-fundamental do Estado, tendo se tornado a ordem jurídico-fundamental da comunidade, pois suas normas abarcam também - de forma especialmente clara garantias tais como o matrimônio, a família, a propriedade, a educação ou a liberdade da arte e da ciência - as bases de organização da vida não estatal”. *Concepto y cualidad de la Constitución. Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 16. MARTINS-COSTA, Judith. Os Direitos Fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. SARLET, Ingo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 70. TEPEDINO, Gustavo. Itinerário para um imprescindível debate metodológico. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n.º 35. Rio de Janeiro: Padma, julho/setembro, 2008, p. iv.

²⁸ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 1-22. BARROSO, Luiz Roberto. Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. TEPEDINO, Gustavo (org.). São Paulo: Atlas, 2008, p. 257 e segs.

²⁹ “No caso brasileiro, a introdução de uma nova postura metodológica, embora não seja simples, parece facilitada pela compreensão, mais e mais difusa, do papel dos princípios constitucionais nas relações de direito privado, sendo certo que doutrina e jurisprudência têm reconhecido o caráter normativo de princípios como o da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, aos quais se tem assegurado eficácia imediata nas relações de direito civil. (...) A articulação entre a eficácia normativa dos princípios e a abertura do sistema jurídico através da aplicação dos princípios constitucionais é o que serve a fundamentar metodologicamente a reconstrução do direito civil em chave constitucional”. TEPEDINO, Gustavo. O

Trata-se de investigar, a partir de reflexões acerca da denominada “eficácia horizontal” da teoria dos direitos fundamentais sobre as relações privadas,³⁰ as profícuas possibilidades abertas pela teoria constitucionalista, sobretudo quando preconiza a incidência imediata e direta dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado.³¹

Por outro lado, admitida a prevenção como necessário *fundamento* da responsabilidade civil, não se pode concordar seja aquela concebida como eventual ou reflexa, relegada a uma discutível *função normativa* desempenhada pelas regras de responsabilidade que, pela tão só previsão da indenizabilidade integral dos danos provocados, suscitaria de maneira apropriada e suficiente a dissuasão da ilicitude e da lesividade.

Nesse sentido, também será avaliada a técnica da majoração do *quantum* indenizatório na fixação dos danos extrapatrimoniais, aplicada de forma disseminada pelos tribunais brasileiros no intuito de incutir, por via do agravamento da sanção indenizatória, uma função punitivo-pedagógica, com notório objetivo dissuasório. Tal prática será criticada, fundamentalmente, com base na comparação da aplicação, pelo sistema norte-americano, das *punitive* ou *exemplary damages*.

Ao se analisar a prevenção como fundamento da responsabilidade civil procurar-se-á demonstrar como racionalidades (econômicas e não econômicas) aparentemente contrapostas, derivadas da diversidade dos sistemas da *common* e da *civil law*,³² não só podem como devem estar comprometidas com a finalidade da

Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.12 e 14.

³⁰ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Extensão dos direitos e deveres fundamentais às relações privadas. *Direitos humanos: desafios humanitários contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos Refugiados (Lei n.º 9474 de 22 de julho de 1997)*. João Carlos de Carvalho Rocha, Tarcísio Humberto Parreiras Henriques Filho, Ubiratan Cazetta (coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 140 e segs.

³¹ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito contemporâneo e no Brasil. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. BARROSO, Luiz Roberto (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 255.

³² DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002. FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.19 e segs. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2ª ed., Lisboa: C. Gulbenkian, 1967, p. 491 e segs. SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 225 e segs. SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 1 ed., 2. tir.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 25 e segs.

obtenção da melhor eficácia possível do sistema jurídico, aí incluído o que rege o tema da responsabilidade civil.

No intuito da refundamentação preventiva do Direito de responsabilidade civil, exploraremos e criticaremos a doutrina da Análise Econômica do Direito, cuja racionalidade pode contribuir, de diferentes maneiras e mediante algumas condições, seja para a própria justificação da internalização da prevenção, seja para a identificação das técnicas ou instrumentos para o aprimoramento do sistema de justiça, sob um ponto de vista de eficiência econômica. Assim, intentar-se-á demonstrar como o objetivo de prevenção pode ser aperfeiçoado,³³ segundo premissas da teoria econômica pautadas justamente na compreensão de que a eficiência de um sistema de responsabilidade mede-se não pela sua capacidade de curar danos, mas, antes, de precavê-los.³⁴

Para o redimensionamento preconizado, essencial a compreensão do sentido e do alcance da tutela inibitória, que propicia autêntica proteção preventiva dos direitos. Nesse objetivo, propugna-se pela releitura dos próprios conceitos condicionantes do Direito da responsabilidade civil, designadamente a culpabilidade, o nexo causal, a imputabilidade e a ilicitude, cuja abertura e refuncionalização demonstram-se cruciais para a dimensão inibitória.

Nesse particular, e na linha da melhor doutrina processual, buscar-se-á demonstrar de que forma o Direito material também pode e deve estar comprometido com a tutela inibitória,³⁵ que não pode nem deve existir tão somente no campo do processo e da tutela jurisdicional.

A partir disto, serão apontados alguns mecanismos inibitórios materiais hábeis, ao menos segundo se pretende demonstrar ao longo do trabalho, a refundamentar a responsabilidade civil da atualidade em uma perspectiva preventiva. Trata-se de instrumentos inibitórios predestinados a evitar a violação dos

³³ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*. Coimbra: Almedina, 2006; GAROUPA, Nuno. Combinar a Economia e o Direito: A Análise Económica do Direito. *Systemas: Revista de Ciências Jurídicas e Económicas*, v.1, n.º1, 2009; SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge, Harvard University Press, 2004; CALABRESI, Guido. *El Coste de Los Accidentes: Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Trad. Joaquim Bisbal. Barcelona: Editorial Ariel, 1984; MATHIS, Klaus. *Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*. Law and Philosophy Library, vol. 84, Springer, 2009; POLINSKY, A. Mitchell. *An introduction to law and economics*, 3ª Ed. New York, Aspen, 2003.

³⁴ VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: Introduction à la responsabilité*. 3ª ed., Paris, L.G.D.J., 2007, p. 155.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

direitos, mediante técnicas de inibição da prática, reiteração ou continuidade da ilicitude.

Dentre os possíveis mecanismos inibitórios comprometidos com a concretização da tutela dos direitos essenciais individuais e transindividuais, aptos a gerar tanto prevenção geral como prevenção especial em relação à continuidade ou repetição da violação dos direitos, sustentar-se-á um renovado emprego da autotutela e uma gradativa expansão da imputação objetiva da responsabilidade civil e de um sistema de multas civis.

A autotutela será examinada a partir de importantes inovações geradas pela codificação civil brasileira que, aparentemente, fomenta um renovado olhar sobre as excepcionais aberturas à autodefesa, seja no campo dos direitos de personalidade, seja no campo das obrigações de fazer e de não fazer. Conjuntamente, serão apreciados os mais recentes estudos a respeito da indenização das chamadas “despesas preventivas”, uma realidade já presente no Direito comunitário europeu.

Como segundo mecanismo inibitório, sustentar-se-á a viabilidade da extensão da imputação objetiva da responsabilidade civil para a proteção de direitos fundamentais individuais e sociais, por via da demonstração de como tal regime de responsabilização, para além de oportunizar a facilitação da integral indenização às vítimas, também pode contribuir para incutir no meio social a necessidade da adoção de maiores níveis de cuidado e atenção (dissuasão), objetivando a não violação dos direitos.

Como último mecanismo, pretende-se demonstrar como a implementação de um sistema de multas por violação dos direitos fundamentais também pode se prestar ao objetivo preventivo. A ideia a ser desenvolvida, nesse particular, diz respeito à necessidade, mais uma vez, da interferência do Direito material para a introdução de mecanismos preventivos, por via de instrumentos coercitivos, que não devem ser relegados ao sistema de multas processuais punitivas por ato atentatório à jurisdição (par. único do art. 14 do CPC), moratórias pelo inadimplemento do pagamento de quantias judicialmente estabelecidas (art. 475-J do CPC), ou coercitivas, para reforçar o cumprimento específico das obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa (arts. 461 e 461-A do CPC e art. 84 do CDC).

As multas civis, tal como se busca demonstrar, podem representar alternativa muito mais adequada e lógica à prática do “agravamento” das compensações dos danos extrapatrimoniais para fins “punitivo pedagógicos”. Nesse intuito, preconizar-

se-á também, de *lege lata*, a aplicabilidade de multas em hipóteses cuidadosa e criteriosamente estabelecidas pelo legislador que, com base em uma possível adaptação do modelo norte-americano dos *punitive damages*, viabilize, a um só tempo, dissuasão geral, punição e dissuasão específica.

Ainda sobre tema das multas civis, analisaremos de que forma um tal modelo de *indenização punitiva* pode ser operacionalizado, com base no atual ordenamento brasileiro, no âmbito da responsabilidade por danos causados aos direitos metaindividuais (difusos e coletivos) e individuais homogêneos. Explorar-se-á em que sentido os já existentes Fundos Reparatórios de Danos Difusos podem servir, desde já, como instrumento de consagração de tal sistemática punitivo-pedagógica, com a vantagem de eliminar as costumeiras críticas voltadas contra a possível contraindicação representada pelo possível enriquecimento sem causa das vítimas, para as quais se destinam as *punitive damages* no modelo norte-americano e a exasperação da compensação dos danos extrapatrimoniais, no Brasil.

Não são poucos, muito menos desprezíveis os percalços que se apresentam à demonstração da tese ora colocada à prova. Nem poderia ser diferente, na medida em que o seu fundamental desafio diz respeito à séria rediscussão de um instituto cujos fundamentos e objetivos parecem *standartizados* e dogmatizados por doutrinas civilistas seculares.³⁶

Contudo, se ao tamanho da ousadia das propostas propugnadas no decorrer da pesquisa puder se comparar, ao menos, o proveito de algumas das proposições nela articuladas, o objetivo da tese terá sido alcançado.

³⁶ Como adverte BOBBIO, “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

1. A CRISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Num período de transição paradigmática, o conhecimento antigo é um guia fraco que precisa ser substituído por um novo conhecimento. Precisamos de uma ciência da turbulência, sensível às novas exigências intelectuais e políticas de utopias mais eficazes e realistas do que aquelas pelas quais vivemos no passado recente. A nova constelação de sentido não nasce do nada. Tem muito a lucrar se escavar o passado em busca de tradições intelectuais e políticas banidas ou marginalizadas, cuja autenticidade surge sob uma nova luz depois de se “desnaturalizar” ou até de provar a arbitrariedade desse banimento e marginalização. Acima de tudo, o novo conhecimento assenta num des-pensar do velho conhecimento ainda hegemônico, do conhecimento que não admite a existência de uma crise paradigmática porque se recusa a ver que todas as soluções progressistas e auspiciosas por ele pensadas foram rejeitadas ou tornaram-se inexecutáveis.³⁷

1.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

1.1.1 – O Direito da responsabilidade civil: a transição paradigmática de seus fundamentos

A responsabilidade civil constitui instrumento de concretização da justiça social³⁸, tendo como objetivo principal reparar prejuízos decorrentes de atividades antijurídicas.³⁹ Com efeito, todo o sistema⁴⁰ de responsabilidade civil foi idealizado a

³⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez Editora, 2002, p. 186.

³⁸ MAZEAUD, Henri et MAZEAUD, Léon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*. 3ª ed., Paris: Éditions Montchrestien, t. 1, n.º 8, 1938, p. 6. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed., atualizada por DIAS, Rui Berford. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 15.

³⁹ Recorde-se, todavia, que nem só as condutas antijurídicas são passíveis de indenização. Há situações em que muito embora se exclua a ilicitude do ato danoso (quando não seria exigível outro comportamento, isto é, decorrente de ato lícito danoso também denominado ato justificado), ainda assim pode nascer a pretensão de reparação dos danos.

⁴⁰ A organização do Direito por meio de um sistema é uma ideia muito antiga, atribuída primeiramente aos gregos e depois à Antiguidade romana. A noção essencial sobre a qual se funda o sistema é a de uma conexão de várias proposições formando um ponto de vista unificador. A noção de sistema foi pensada inicialmente a partir de uma concepção extrínseca, englobando todos os elementos de criações humanas ou da natureza em interação. Posteriormente, no período da Renascença, o sistema jurídico passou a ser pensado a partir de uma concepção intrínseca, modelo que inspirou os juristas pandectistas, assim como, os legisladores das grandes codificações do século XIX. Nesse contexto, o sistema jurídico foi concebido a partir de uma conexão de normas, uma ordem de proposições técnicas em interação que tem por objetivo regular a vida social dos indivíduos. Sobre a concepção sistemática do Direito, vide: FRADERA, Vera Maria Jacob de.

partir da premissa segundo a qual seu compromisso primeiro e último guardaria pertinência exclusiva com a reparação de danos.⁴¹

Tal compreensão acabou sendo incorporada e dogmatizada nos sistemas jurídicos,⁴² olvidando-se, contudo, que tanto as formas como os fundamentos da responsabilização devem necessariamente variar de acordo com a própria dinâmica das relações sociais.⁴³

As mudanças vivenciadas pela sociedade contemporânea em razão das relações de massa, pautadas no dinamismo, na impessoalidade e na efemeridade, revelaram-se especialmente nocivas quanto ao extraordinário incremento de danos causados à coletividade, passando a se afirmar que a expressão mais adequada para caracterizar o atual momento da regulação da responsabilidade civil seria “Direito de Danos”.⁴⁴

Com efeito, diante da proliferação de novas modalidades de danos e a necessidade de aprimoramento da tutela da pessoa, surgiu também a necessidade da revisão de diversos institutos de natureza substancial e processual, como

Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.19-20; BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 9ª ed. Brasília: Editora Universidade Brasília, 1997, p. 1157 e; GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 112-115.

⁴¹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. Atualizada por DIAS, Rui Berford. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 23 e segs.

⁴² Acerca das modalidades de sistemas jurídicos, consultar: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução por António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 106 e; FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977, p. 13 e segs.

⁴³ De acordo com HIRONAKA, “quando se examina o conceito jurídico da responsabilidade civil, parece restar claro que ele não é justamente dado apenas pelo direito positivo ou pelos doutrinadores da matéria. Será sempre um conceito a repercutir no campo da ética, da política, das ciências humanas”. HIRONAKA, Giselda Maria F. N. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 22.

⁴⁴ As expressões “Direito de Danos” ou “responsabilidade por danos” seriam as mais adequadas para demonstrar a mudança de enfoque da teoria da responsabilidade civil, preocupada em atender a pessoa da vítima e sua pretensão de reparação integral em razão dos danos sofridos, ao invés da desvalorização da conduta do agente agressor. Neste sentido, Orlando GOMES foi um dos primeiros juristas a aludir ao Direito de Danos, ainda na década de oitenta (*Tendências modernas da reparação de danos. Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 293). Conforme sustenta Rodrigo Xavier LEONARDO: “Se antes o elemento primordial da responsabilidade (expressão que traz consigo a ideia de reprimenda, de desvalor moral) era a culpa, hoje o elemento basilar ao dever de indenizar é o dano. Nesse sentido, a própria expressão ‘responsabilidade civil’ tem significado limitado, vez que nem sempre a imputação do dever de indenizar recai sobre o responsável pelo dano. Melhor referir-se a essa disciplina, hoje, como um direito de danos”. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo código civil brasileiro. *Responsabilidade civil, v.1 - Teoria geral*. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 396-397. Ainda, sobre o assunto: GUERSI, Carlos A. *Teoría general de la reparación de danos*. Buenos Aires: Ástrea, 1997, p. 26 e; MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 317 e seguintes.

condição indispensável para a superação dos naturais conflitos decorrentes da ultrapassagem da ideologia individual⁴⁵ e patrimonialista.⁴⁶

Nesse sentido, superar o descompasso existente entre o sistema de responsabilidade civil estatuído pelo Código Civil vigente e os valores tutelados pela Constituição Federal de 1988 torna-se um desafio, na medida em que se pode perceber que a concepção da atual codificação ainda restou acentuadamente influenciada por axiomas consagrados no século XIX, oriundos da racionalidade da Escola Pandectista e do Código de Napoleão, de caráter eminentemente patrimonialista e conceitualista.⁴⁷

A partir da necessidade de revisão da dogmática tradicional, o principal objetivo a ser mirado passa a ser o desenvolvimento da pessoa humana concretamente considerada.⁴⁸ Consta-se, por conta disso, uma profunda alteração na ordem axiológica do Direito Civil, fruto da valorização da pessoa humana, garantida mediante uma desejada igualdade substancial, apesar da complexidade das relações intersubjetivas.⁴⁹

⁴⁵ Como afirma Eroulths CORTIANO JÚNIOR, “A centralidade da razão humana foi a responsável pelo que se pode, conforme a lição de Stuart HALL, chamar de o sujeito do Iluminismo, que partia de uma concepção da pessoa humana como ‘indivíduo totalmente centrado, unificado, dotado das capacidades da razão, de consciência e de ação’, dotado de uma essência ou núcleo fundamental que é a sua própria identidade. Assim, ainda que sofrendo as influências do que lhe era externo, o sujeito do iluminismo era um sujeito individual. As relações externas do sujeito não eram capazes de lhe alterar a identidade, pois que estava fortemente preso à idéia própria de ser em si, de ter um sentido em si estável”. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 44-45.

⁴⁶ “Seguindo essa ordem de idéias, as relações jurídicas disciplinadas pelas normas contidas na codificação civil estabelecem-se não propriamente entre seres humanos, posto que seus interesses pessoais são suplantados pelos patrimônios, cuja valoração é marcadamente superior. Na concepção clássica do Direito Privado, a pessoa humana é valorizada pelo que tem e não por sua dignidade como tal”. MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. *Repensando os fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 95.

⁴⁷ FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.1, n.4, Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 245-246.

⁴⁸ Uma das características mais marcante do Direito Civil clássico é o individualismo, valor que leva em conta a pessoa centrada apenas em si mesma, vale dizer, o “Direito do homem sozinho, centrado em uma hipotética auto-regulamentação de seus interesses privados, e conduzido pela insustentável igualdade formal”. Sob tal perspectiva, a caracterização do sujeito de direito elaborada nas codificações de influência liberal estava inserida em uma realidade abstrata, totalmente afastada dos valores existenciais da pessoa em sua concretude, conforme anota FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-7 e 222.

⁴⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto Privato Futuro*. Nápole: E.S.I., 1993, p.10-11. Ressalta Eroulths CORTIANO JUNIOR, “O centro nuclear do direito civil é a pessoa humana. Todo e qualquer instituto jurídico só tem razão de ser a partir do momento em que exista (e seja considerado) em função do homem. O próprio direito encontra sua razão de ser na noção de pessoa humana, que é anterior à ordem jurídica (...) pode-se dizer que todo o direito funciona em razão da pessoa humana”. Alguns apontamentos sobre os chamados Direitos da personalidade. *Repensando fundamentos do*

Nesse intuito, advirta-se, não basta apenas uma reciclagem, mas sim uma verdadeira recomposição⁵⁰ de determinados estatutos fundamentais do Direito Privado. A passagem do Direito Civil clássico para o Direito Civil contemporâneo não se deu artificialmente, tendo correspondido a um processo de mutação da própria sociedade, de seus valores culturais, políticos e econômicos.⁵¹

Direito Civil brasileiro contemporâneo. Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 41.

⁵⁰ De acordo com Luiz Edson FACHIN, “A perspectiva crítica requer, também, a apreciação dos fenômenos que descrevem e analisam as mudanças jurídicas e sociais, sob pena de incidir em enfadonha repetição”. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 224.

⁵¹ Acerca da referida passagem do período clássico ao contemporâneo, destacam-se os seguintes aspectos no campo do Direito Civil: (i) Ao contrário do Direito Civil Clássico, marcado pelo processo de codificação (monossistemas), o Direito Civil Contemporâneo é caracterizado pela profusão de leis especiais, isto é, um conjunto de leis setoriais – microssistemas próprios da sociedade pluralista (em sentido político, ideológico e legislativo). “Na tentativa de adequar os institutos tradicionais da sociedade civil (a pessoa, a família, a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil) às novas contingências. Tais normas passaram a ser aplicadas com maior frequência do que o próprio Código, o que resultou no seu deslocamento da posição de estatuto fundamental da sociedade civil para a condição de lei supletiva subsidiária.” MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. *Repensando os fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.109; (ii) O ideal da segurança jurídica, baseado na estabilidade e previsibilidade dos comportamentos individuais derivados da ideologia revolucionária burguesa, notoriamente inspirou toda a codificação civil clássica, uma vez que “o século XIX, em razão da forte influência do liberalismo que almejava o “mundo da segurança”, traduziu-se em período fecundo em codificações dos sistemas jurídicos”. MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. *Repensando os fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 94; (iii) De outro lado, no contexto do Direito Civil contemporâneo percebeu-se uma relativização e fragmentação conceitual, em razão da gradativa e dinâmica alteração da estrutura dos conceitos jurídicos (propriedade, relações familiares, negócio jurídico, responsabilidade civil), oriunda do modo de ser da sociedade contemporânea. Assim, a abstração e generalização dos conceitos gradativamente cederam espaço em prol de uma concretude e especificidade necessárias, inclusive, para viabilizar não apenas a igualdade formal, mas também a igualdade substancial; (iv) A autonomia privada ou, também denominada por alguns autonomia da vontade, classicamente exercida de forma plena, igualmente sofreu profunda alteração. No Direito Civil contemporâneo a autonomia privada vontade pode ser considerada superada como dogma, na medida em que não pode mais ser concebida como um valor absoluto e afastado da realidade fática. O Estado Social, no intuito de proporcionar uma igualdade substancial, assume uma feição necessariamente intervencionista no âmbito das relações contratuais, definindo limites em prol do interesse social – defesa de consumidores, dos não proprietários, das crianças, dos idosos, da família etc. Dessa forma, o exercício da autonomia privada (liberdade individual) passa a ser condicionada ao alcance de uma função social (dos contratos, da propriedade, da família etc) e à ética da responsabilidade e da solidariedade. É importante destacar a diferença entre autonomia da vontade e autonomia privada conforme as lições de Francisco dos Santos AMARAL NETO: “Para a concepção tradicional, clássica, subjetiva, existe sinonímia nas expressões ‘autonomia privada’, ‘autonomia da vontade’ e ‘liberdade contratual’, que significam ser a pessoa livre e soberana para decidir se, quando e como vincular-se obrigacionalmente. Teoria mais recente contesta essa concepção, considerando não haver identidade entre autonomia da vontade e autonomia privada. A autonomia da vontade dá relevo à vontade subjetiva, psicológica, enquanto que a tese da autonomia privada destaca a vontade objetiva, que resulta da declaração ou manifestação de vontade, fonte de efeitos jurídicos. De tal forma, a autonomia privada ‘exprime liberdade, independência, poder individual de transformar a vontade própria em fonte jurídica, governando interesses e necessidades particulares. Tecnicamente, representa a correspondência entre a manifestação de poder individual e sua eficácia jurídica, o conteúdo do ato e os respectivos efeitos’”. A autonomia privada como poder

Não há como negar a fratura existente entre as necessidades pragmaticamente impostas pela vida social do século XXI e o modelo estrutural das relações jurídicas tradicionais, impondo-se ao Direito Civil a relativização de sua concepção patrimonialista que cede espaço à repersonalização,⁵² dada a partir da Constituição Federal, pela consagração da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República.

Com efeito, o Direito Civil contemporâneo é marcado por uma relativização e fragmentação conceitual, em razão da gradativa e dinâmica alteração da estrutura dos conceitos jurídicos, oriunda do modo de ser da sociedade atual e que reclama pela funcionalização⁵³ de tais conceitos em prol de uma concretude e especificidade necessárias como forma de viabilizar a igualdade substancial.

Para além da adequada proteção das relações jurídicas patrimoniais, categoria amplamente tutelada e regulamentada, deve preponderar a salvaguarda da pessoa,⁵⁴ sobretudo no que diz respeito às condições imprescindíveis para o seu pleno desenvolvimento individual e social, notadamente nos direitos da personalidade⁵⁵, nos direitos difusos e coletivos.⁵⁶

jurídico. *Estudos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 293 e 297.

⁵² Acerca do tema, explica Luiz Edson FACHIN que “a ‘repersonalização’ tanto diz respeito ao modo de pensar o Direito quanto à inserção de um outro sentido do sujeito de direito, diverso do sistema clássico, que foi calcado em uma abstração, em um corte da realidade”. A repersonalização recoloca o “indivíduo como ser coletivo, no centro dos interesses, e sempre na perspectiva da igualdade substancial”. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 231/232. No mesmo sentido, afirma Orlando de CARVALHO a superação do individualismo imperante no século XVIII, passando o Direito Civil a ser considerado o “foyer da pessoa” na medida em que o sujeito deixa de ser virtual e abstrato e passa a ser considerado como “pessoa” concreta em suas relações existenciais: “É esta centralização do regime em torno do homem e dos seus imediatos interesses que fazem com que o Direito Civil, o foyer da pessoa, o lar, a casa, digamos assim, da pessoa, do cidadão mediano, do cidadão puro e simples”. CARVALHO, Orlando. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. 2ª ed. v. 1. Coimbra: Centelha, 1982, p. 92.

⁵³ Acerca da funcionalização dos institutos jurídicos, ver a obra de RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade (s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

⁵⁴ “(...) a tutela de um patrimônio mínimo nucleado na dignidade da pessoa humana, parece-nos bem representar o novo sentido a ser dado ao patrimônio na perspectiva de um direito civil repersonalizado - o qual tão-só se legitima a partir do momento em que observam os valores existenciais e primordiais da pessoa, que hoje estão encartados em sede constitucional”.. A proteção do patrimônio, todavia, não restou esvaziada ou menosprezada, mas sim redimensionada em face da valorização da dignidade da pessoa humana, viabilizada, em grande medida, pela proteção de interesses extrapatrimoniais. De tal forma, “o patrimônio (e o próprio Direito) está a serviço da pessoa, razão de ser e fim último de todos os saberes”. FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 269 e 258.

⁵⁵ “A fundamentação dos direitos de personalidade pode, nesse sentido, ser compreendida como uma nova dissociação e funcionalização da pessoa humana pelo Direito, procurando escapar da lógica predominante de hipervalorização da racionalidade e da liberdade individual”. GEDIEL, José Antônio Peres. *Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano*. *Repensando*

A necessidade de revisão e readequação dos clássicos contornos da responsabilidade civil, objeto da presente tese, segue a mesma lógica, qual seja, a da superação da dogmática tradicional em prol de uma readaptação do Direito sob as luzes do contexto atual.

Logo, torna-se necessário descobrir novos contornos que se prestem a fundamentar⁵⁷ a aplicação da responsabilidade civil sob perspectivas sensivelmente distintas daquelas até então observadas, sobretudo no que diz respeito ao seu aspecto preventivo, não sendo aceitável diante de uma sociedade globalizada⁵⁸ e hiper-exposta a danos graves e irreversíveis que se restrinja a aplicação do instituto exclusivamente pelo seu viés reparatório.

O redimensionamento da responsabilidade civil como instrumento de tutela dos direitos inerentes à pessoa e não apenas voltado à recomposição do patrimônio ou ao seu equivalente por meio da indenização constitui um dos grandes desafios que a realidade do século XXI faz emergir.

Repensar a própria razão de ser da responsabilidade civil envolve uma análise dos seus fundamentos suscitando uma revisão do seu próprio conceito, das suas fontes, das suas funções e de seus pressupostos, uma espécie de avaliação da sua “história interna”⁵⁹ que permite analisar a sua estrutura contemporânea.⁶⁰

fundamentos do direito civil contemporâneo. Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 68.

⁵⁶ Acerca da tutela dos direitos difusos e coletivos no Brasil, consultar, dentre outros: GRINOVER *et alli*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. 10ª ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2010; VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007; SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Editora Método, 2006; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995; ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000; e ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro – Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁵⁷ Com base na noção de que o fundamento consiste na razão que justifica a regra, em conformidade com os valores e ideais de justiça vigentes, é possível concluir que não existe apenas um fundamento a embasar a responsabilidade civil. MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. Out., v. 93, 1991, p. 31. Segundo anota Francisco AMARAL, “Fundamento da norma jurídica ou do sistema de direito são, portanto, valores, ideias básicas que se apresentam como qualidades ideais dos bens e que, por isso mesmo, determinam os modos de comportamento individual e social subordinando-se a um sistema de normas cujo cumprimento permite ou destina-se à realização de tais valores”. *Direito Civil: introdução*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.14. Sobre o assunto, ainda: REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 195 e segs.

⁵⁸ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 171.

⁵⁹ Acerca da historiografia do Direito, SALDANHA, Nelson Nogueira. *História do direito. Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 41. São Paulo: Saraiva, 1997. Especificamente sobre a historiografia jurídica da responsabilidade civil, LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2ª ed. São Paulo: Revista

A construção de um adequado regime jurídico de responsabilização civil se presta, sem dúvida, não só ao aprimoramento da prestação jurisdicional como também à formação de uma consciência coletiva a respeito dos comportamentos sociais tolerados ou incentivados, buscando-se a ética da responsabilidade e da solidariedade.⁶¹

De fato, diante da realidade social do limiar do século XXI, das novas características qualitativas e quantitativas dos danos suportados não só a título individual, mas também sob o prisma coletivo, dos princípios da solidariedade⁶² e da justiça social, não há como deixar de reparar a crise de efetividade do ordenamento jurídico (e assim também do Direito da responsabilidade civil), tanto em seus contornos filosóficos como técnicos, como destaca HIRONAKA:

A crise está indiscutivelmente evidente. A inadequação e a insuficiência dos códigos estão certamente expostas. Os danos produzem-se em velocidade cada vez maior e em relação estreita com o avanço das tecnologias. Os prejuízos avolumam-se e o foro onde são reclamados incha-se de pleitos que serão decididos por viesses o mais diferentes e disparatados. A desarmonia das decisões, ao se tentar aplicar o direito, é resultado claro da confusão que perdura por força da profusão de soluções a *latere*, que tentam minorar a insuficiência da ordem jurídica em vigor. É tempo de reformar, de

dos Tribunais, 1998; VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*. 3ª ed. Paris: L.G.D.J., 2007, p. 7 e segs e; TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2ª ed. Paris: Economica, 1989, p. 51-95.

⁶⁰ HIRONAKA, Giselda Maria F. N. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 23.

⁶¹ “A despeito de a responsabilidade civil ter de reportar-se à previsão legal, que estabelece seus contornos, o sentido valorativo e filosófico que ela exprime prende-se à solidariedade e à cooperação que devem presidir qualquer sociedade humana; (...) é a solidariedade e a cooperação que impõem às pessoas o auxílio mútuo, cumprindo-lhes solidarizam-se entre si, mormente quando a ação ou a atividade de uma delas acarrete danos à outra; quem prejudica o próximo, e, todavia, permanece indiferente à sua sorte, comporta-se em desarmonia com a solidariedade que permeia a trama da teia social”. GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 221-222. Ainda, ressalta Pietro PERLINGIERI que “merece tutela o ato de solidariedade realizado por determinados sujeitos em relação a indivíduos ou determinadas coletividades. A solidariedade política, econômica e social não é somente um direito, mas um dever (...)”. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 36. Consulte-se, ainda, TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 218.

⁶² O princípio da solidariedade visa garantir à pessoa condições “para uma existência livre e digna pela afirmação e desenvolvimento da própria personalidade”. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 11 ed. Milano: Giuffrè, 1996, p. 53. De acordo com Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA, “(...) os princípios constitucionais de solidariedade social e de dignidade humana encontram-se presentes como atributo valorativo fundante, mas não só assim, senão também como autocritério de justificação da responsabilidade civil, ela mesma”. *Responsabilidade civil: o estado da arte, no declínio do segundo milênio e albores de um novo tempo. Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério Donnini (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 192.

revolucionar, de superar limites. De repensar e de reescrever o sistema, enfim.⁶³

Ao se aludir à “crise”, como forma de demonstrar a constante mutação do instituto da responsabilidade civil, indaga-se se em verdade não traduz aquela a própria vocação do Direito, em razão de seu caráter naturalmente dinâmico e, portanto, mutante constantemente como forma de responder aos diferentes problemas de cada tempo e espaço.

É que na realidade, a descoberta e a efetiva implementação de novos paradigmas⁶⁴ que fundamentem renovados contornos aos institutos jurídicos constituem um processo complexo e crítico, sujeito a todo o tipo de obstáculos, sobretudo os impostos pela força da inércia que induz a manutenção do *status quo*.⁶⁵

Uma tal análise, como adiante se demonstrará, evidencia a crise da responsabilidade civil, muito em razão da natural incompatibilidade entre os seus fundamentos tradicionais e os anseios decorrentes da dinamicidade da sociedade atual.⁶⁶ Todavia, ao se apontar esse descompasso, não se pretende desconsiderar a

⁶³ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 3.

⁶⁴ A importância de se detectarem os paradigmas que regem um determinado sistema científico é vital para a resolução dos problemas que se pretende dissolver, como bem relata Thomas Samuel KUHN: “A transição de um paradigma em crise para um novo, do qual pode surgir uma nova tradição de ciência normal, está longe de ser um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos dos seus métodos e aplicações”. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeria e Nelson Boeria. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 116.

⁶⁵ Afirma Giselda Maria F. Novaes HIRONAKA: “(...) Mais do que explicar uma suposta relação entre instituições pertencentes a sociedades e tempos distintos – como se a compreensão de um direito atual dependesse da compreensão de um direito anterior –, essa perquirição deve permitir uma arqueologia do próprio direito, isto é, uma investigação das relações que cada instituição guarda com as concepções que lhe deram origem, ou que ainda são sua base, revelando assim tanto a relação necessária entre as estruturas dos diferentes direitos e sociedades como a dimensão histórica de cada instituição do direito atual.” *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 12.

⁶⁶ De acordo com Guido ALPA, “*D'altra parte se la funzione della dottrina non deve consistere semplicemente nella descrizione fedele (e, diciamo così, notarile) dei fatti giuridici nella loro interpretazione giurisprudenziale, ma deve ricostruirli, in modo sistematico e critico, non si poteva riservare grande spazio alle figure di responsabilità vecchie e collaudate e invece relegare quelle nuove ai margini del discorso. Osservare i nuovi confini della responsabilità significa anche cercare di superare la sua fisionomia attuale, e consumare il tentativo di prevedere quale sarà il suo volto futuro. I suoi confini sono <<mobili>> per esigenze esterne, dettate dalla scienza e dalla tecnica, da aspirazioni sociali e da regole del mercato, e per esigenze interne, perché la sua struttura è complessa (o binária) affiancandosi come si è detto alla clausola generale molte ipotesi di responsabilità derivanti da leggi speciali*”. Tradução livre: “De outra parte, se a função da doutrina não deve consistir na descrição fiel (e, digamos assim, notória) dos fatos jurídicos na sua interpretação jurisprudencial, mas deve reconstruí-lo, de modo sistemático e crítico, não se pode reservar grande espaço para a figura

sua estrutura tradicional, elaborada a partir de uma longa e gradativa construção que acabou gerando sua sistematização.

A renovação fundamental ora preconizada não almeja subverter a responsabilidade civil, mediante simples descon sideração da atual sistemática, mas “a revitaliza e lhe concede – ou visa conceder – uma perene adequação aos novos anseios e às novas necessidades, oriundos de um novo tempo, mas sempre sob a mesma tábua valorativa maior que é a busca, eternamente, da realização do justo e do equânime”.⁶⁷

A hipótese essencial que alicerça o presente estudo diz respeito à insustentabilidade de continuar-se a construir o direito de responsabilidade civil sob o único fundamento da reparação dos danos sofridos pelas pessoas, como se fosse absoluto, perene e com uma ilusória pretensão de completude, na medida em que “toda a busca do fundamento absoluto é, por sua vez, infundada, (...) o fundamento absoluto é o fundamento irresistível no mundo de nossas ideias, do mesmo modo como o poder absoluto é o poder irresistível (que se pense em Hobbes) no mundo de nossas ações”.⁶⁸

A maior e melhor demonstração da inviabilidade dessa estéril tentativa de confinamento dos fundamentos da responsabilidade civil pode ser ilustrada pelas próprias mutações pelas quais o instituto passou ao longo dos tempos.⁶⁹ Da culpa, inicialmente idealizada como seu único fundamento,⁷⁰ passou-se à construção da teoria do risco e, por consequência, do sistema de responsabilidade objetiva.⁷¹ Do risco, por sua vez, agora se suscita a necessidade de uma nova migração para o

da velha e experimentada responsabilidade, ao invés de relegar aquela nova à margem do discurso. Observar os novos contornos da responsabilidade significa, antes, procurar a superação da sua fisionomia atual e consumir a tentativa de prever qual será a sua futura faceta. Os seus limites são móveis, por exigências externas, ditadas pela ciência e pela técnica, das aspirações sociais e das regras do mercado, e por exigências internas porque a sua estrutura é complexa (ou binária) juntando-se, como se disse, à cláusula geral, muitas hipóteses de responsabilidade derivadas de leis especiais.” *Responsabilità civile e danno: lineamenti e questioni*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 11.

⁶⁷ HIRONAKA, Giselda Maria F. N. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 123.

⁶⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 16-17.

⁶⁹ VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*. 3 éd.. Paris: L.G.D.J., 2007, p. 7 e seguintes. TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2 ed. Paris: Economica, 1989, p. 51-95.

⁷⁰ MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Leon et TUNC, André. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. Tome I, Paris: Montchrestien, 1957, n.º 64-95 e 336-365. ALPA, Guido e BESSONE, M. *La responsabilità civile: una rassegna di dottrina e giurisprudenza*. Torino: UTET, 1987, p. 48-49.

⁷¹ DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2006, p. 62 e segs.

Direito de Danos, no intuito de se deslocar a preocupação com o ofensor para a pessoa da vítima, resguardada pela garantia da restituição integral.⁷²

Como facilmente se percebe, os fundamentos têm variado de acordo com contingências de toda ordem, sempre, todavia, para melhor instrumentalizar a pretensão de proteção dos direitos. Assim, o Direito da responsabilidade civil foi se desenvolvendo em razão das necessidades temporais e espaciais, encontrando sua máxima objetivação na ideia de equilíbrio e harmonia do ordenamento jurídico, visto que sua tarefa primordial sempre foi, tradicionalmente, a de restaurar o equilíbrio social rompido.⁷³

É por essas razões que se afirma não ser razoável qualquer visão estática acerca dos fundamentos da responsabilidade civil, em virtude da natural dinamicidade do tema, que “evolui e se amolda aos ideais de Justiça de cada espaço e tempo, vigentes em uma determinada sociedade, em um determinado momento de sua história”.⁷⁴

O processo que propicia referidas mudanças pode ser caracterizado como de verdadeira transição paradigmática,⁷⁵ na medida em que as transformações almejadas só podem ser alcançadas mediante uma revisão dos fundamentos que alicerçam o Direito da responsabilidade. Sendo assim, as relações sociais vivenciadas no século XXI demandam uma nova onda de transformações, que parecem se embasar na necessidade de se vislumbrar não somente a eficiência da reparação dos danos sofridos pelas pessoas, mas, antes, a eficiência de mecanismos predispostos a evitar que eles ocorram. Como afirma SEGUÍ, “Tenho a

⁷² Nesse sentido, SALVI, Cesare. *La responsabilità civile*. 2 ed. Milano: Giuffrè, 2005, p. 252 e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29.

⁷³ Afirma José de Aguiar DIAS, “O instituto é essencialmente dinâmico, tem de adaptar-se, transformar-se na mesma proporção em que envolve a civilização, há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou processo pelo qual, em face de nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividades, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerando, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes”. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. atual. por DIAS, Rui Berford. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 25.

⁷⁴ MARTINS-COSTA, Judith. MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. Out., v. 93, 1991, p. 31-32. Nesse sentido, afirma a autora: “o exame procedido a partir de uma perspectiva histórica, voltada à indagação do porque do estabelecimento das variadas regras concernentes à responsabilidade civil demonstrará que, aos diferentes fundamentos onde radicada correspondem as bases onde ancorados os diversos tipos de sociedade, de modo a se alcançar uma visão pluralista, determinante não unitária a respeito do assunto”.

⁷⁵ KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

convicção de que assim como o século XX foi o da reparação dos danos, o presente será o da prevenção.”⁷⁶

A prevenção, portanto, passa a refundamentar o Direito da responsabilidade civil, sobretudo quando se correlaciona à proteção dos direitos essenciais, individuais e transindividuais.⁷⁷

1.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL REPRESSIVA DO OFENSOR AO “DIREITO DE DANOS”

O sistema da responsabilidade civil foi pensado secularmente a partir do seu viés reparatório-repressivo, centrado na ideia de que aquele que causa dano a outrem será obrigado a indenizá-lo.

Essa noção clássica da obrigação de reparar vinculada à reprovação da conduta gradativamente foi sendo superada⁷⁸, na medida em que passou a interessar muito mais a injustiça do dano do que a injustiça do ato agressor, tendo havido notável evolução de uma “dívida de responsabilidade” para um “crédito de indenização”.⁷⁹

⁷⁶ Como afirma Adela M. SEGUÍ, “*Tengo la convicción de que así como el siglo XX fue el de la reparación de los daños, el presente será el de la prevención.*” Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 52, out.-dez., 2004, p. 317.

⁷⁷ VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*. 3 éd.. Paris: L.G.D.J., 2007, p. 151-158. KOURILSKY, Philippe, VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution*. Paris: Editions Odile Jacob, 2000.

⁷⁸ Afirma Anderson SCHREIBER que “o estágio atual da responsabilidade civil pode justamente ser descrito como um momento de erosão dos filtros tradicionais da reparação, isto é, de relativa perda de importância da prova da culpa e da prova do nexo causal como obstáculos ao ressarcimento dos danos na dinâmica das ações de ressarcimento”. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 11.

⁷⁹ “*Admitimos que la regulación clásica de la responsabilidad civil, ‘propia de la legislación decimonónica, que asoció el deber jurídico de reparar al reproche de conducta está en crisis’. Que ella tiene causa en la idea de que ‘el derecho moderno no mira más hacia el lado del autor del acto, sino hacia el de la víctima’; que interesa más la ‘injusticia del daño’ que la injusticia de la conducta generadora, y que se ha evolucionado de una ‘deuda de responsabilidad’ a un ‘crédito de indemnización’*”. Tradução livre: “Admitimos que a regulação clássica da responsabilidade civil própria da legislação decimonônica, que associou o dever jurídico de reparar a reprovação da conduta está em crise. O que está em causa na ideia de direito moderno não visa mais o lado do autor do dano, mas o da vítima; que interessa mais a injustiça do dano que a injustiça da conduta geradora e que se tem evolucionado de uma dívida de responsabilidade a um crédito de indenização”. SEGUÍ, Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 52, out.-dez., 2004, p. 273-274.

A verificação da trajetória histórica da responsabilidade civil, certamente não por via de uma perspectiva linear⁸⁰, mas por via do destaque de algumas de suas etapas essenciais, torna-se imprescindível para a compreensão das mudanças axiológicas ocorridas em seu núcleo, evidenciando o estado de crise e as profundas transformações pelas quais todo o sistema de responsabilização vem passando.⁸¹

Interessante notar, nesse sentido, de que forma o instituto vai se amoldando às necessidades vigentes de cada época, sendo justamente a sua mutabilidade um dos seus traços mais marcantes, que proporciona, paradoxalmente, a sua estabilidade por meio da sua constante transformação.⁸²

Dentro dessa perspectiva histórica, a premissa segundo a qual não haveria responsabilidade sem culpa atendia essencialmente à necessidade de se punir o autor do dano⁸³, período marcado pela teoria da responsabilidade civil a partir da

⁸⁰ Acerca da historicidade da responsabilidade civil consultar: LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998 e HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

⁸¹ “A escolha do método de investigação se torna imprescindível à delimitação do objeto a ser investigado e à certeza do investigador acerca do que realmente tenciona fazer e do lugar em que efetivamente deseja chegar. É certo que a escolha de um método não exclui, obrigatoriamente, a interferência positiva de outro, desde que não conflitem os espectros e os paradigmas perseguidos, sempre em prol da qualidade, da validade e da segurança dos resultados que se visa obter. Pode ocorrer de ser, o método selecionado, um método histórico, ou um método de concepções analíticas, ou um método de experimentação do cotidiano em busca das estruturas positivadas. Pode ocorrer de ser uma mistura possível de dois deles, como uma simbiose, ou uma infiltração oportuna de um em outro. Importa, verdadeiramente, a justificação do recurso metodológico e a sua adequação ao quanto se tem em vista perseguir e demonstrar. Tarefa não exatamente simples, não exatamente fácil”. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade civil: o estado da arte, no declínio do segundo milênio e albores de um novo tempo. Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério Donnini (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 196.

⁸² Acerca da mutabilidade e transformações inerentes aos institutos jurídicos, esclarece Carlos Maria CÁRCOVA, “Tudo o que é sólido desvanece, dogmas teorias, fronteiras, ideologias, muros, ideais, convicções, certezas. E, embora essa circunstância não deixe de produzir apreensões, é claro que também oferece múltiplas possibilidades. Não só para procurar entender as transformações que nos envolvem, mas também para tentar fazer parte delas, contribuindo para lhe dar sentido. A insuficiência das visões teóricas tradicionais estimulou, nestes últimos anos, o surgimento de linhas alternativas. Durante algum tempo, o cenário se tornou confrontador e faccioso: jusnaturalistas *versus* positivistas, realistas *versus* formalistas, normativistas *versus* egológicos, analíticos *versus* críticos, monistas *versus* pluralistas etc. Atualmente, como sempre acontece, ainda sobrevive algo de faccioso, mas a absoluta maioria de pensadores e de pesquisadores que voltam sua atenção para os problemas de natureza sociojurídica, assumindo a complexidade que comportam no final do milênio, costuma rejeitar as explicações paradigmáticas, sempre elegantes, mas estritas, e optar pelas explicações transparadigmáticas, que, com aporte de muitas vozes, se constroem, mais modesta e pluralmente, com multiplicidade de perspectivas, cada uma das quais capaz de apreender um aspecto do fenômeno, constituído para o fim – à maneira de Schutz- pela totalidade dessas perspectivas”. CÁRCOVA, Carlos Maria. *A opacidade do direito*. Trad. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: Ltr, 1998, p. 63-64.

⁸³ Destaca Giselda Maria F. Novaes HIRONAKA, “A ideia de culpa aparece como princípio fundamental da ideia de responsabilidade, e a cidadania envolve, no ideário da Revolução Francesa e dos sistemas jurídicos que nela se inspiram, o dever moral de garantir a preservação desses bens. A própria liberdade humana – esta concepção eminentemente ético-política da modernidade – se

ideia de que cada um é responsável pelos danos que provoca. Não importaria para a responsabilidade civil a reparação se a conduta do agente não fosse culposa, embasando o regime da responsabilidade civil subjetiva.⁸⁴

Assim, a partir da teoria da culpa,⁸⁵ o dano deveria necessariamente ser o efeito de uma imprudência, negligência ou imperícia por parte de alguém, na medida em que “se não puder ser atribuído a esta causa, não é mais do que a obra do destino, do qual cada um deve suportar os ônus.”⁸⁶ O núcleo da culpa, construído pelos juristas da Modernidade, repousava sobre a apreciação moral⁸⁷ do

torna um princípio destacado, a partir do início do século XIX, e abandona de certa forma o terreno da política e do direito para ser concebido especialmente por certos padrões morais. Como resultado, a concepção da responsabilidade civil envolve, nesse passo, a idéia de um dever pessoal de cada particular com cada particular, de forma que justa é a sociedade na qual não se deixam prosperar os danos causados seja à honra, seja à propriedade. Urge que se garanta a reparação dos danos e a fonte para a determinação de quem vai responder por essa reparação; é a idéia de culpa.” *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 87.

⁸⁴ De acordo com G. ALPA e M. BESSONE, “*Il sistema tradizionale della responsabilità civile era fondato, nella interpretazione corrente nel secolo scorso, sul principio «nessuna responsabilità senza colpa», o, in altri termini, sul principio, variamente giustificato e motivato, della risarcibilità dei soli danni provocati dal comportamento volontario di un soggetto*”. Tradução livre: “O sistema tradicional da responsabilidade civil era fundado, na interpretação corrente do último século, no princípio «nenhuma responsabilidade sem culpa», ou em outros termos, no princípio, variadamente justificado e motivado, da ressarcibilidade de apenas danos provocados pelo comportamento voluntário de um sujeito”. *La responsabilità civile: una rassegna di dottrina e giurisprudenza*. Torino: Utet, 1987, p. 48.

⁸⁵ MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Leon et TUNC, André. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 6ª ed. Paris: Montchrestien, 1957, n.º 423 e 438.

⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. v. 93, out., 1991, p. 45. No mesmo sentido: GHERSI, Carlos Alberto. *Teoría general de la reparación de daños*. Buenos Aires: Ástrea, 1997, p. 108 e ss. Como afirmam ALPA e BESSONE, “*Il principio «nessuna responsabilità senza colpa» è in perfetta sintonia con un modo di individuare la funzione della responsabilità civile nella sanzione a carico di chi ha compiuto un illecito: la sanzione non può prescindere da un atteggiamento antidoveroso della volontà dell'agente (che há voluto arrecare il danno o che non ha adottato le cautele necessarie per evitarlo); ove questo atteggiamento manchi, viene meno l'idea stessa di sanzione e, quindi, di responsabilità*”. Tradução livre: “O princípio ‘nenhuma responsabilidade sem culpa’ está em perfeita sintonia com um modo de individualizar a função da responsabilidade civil da sanção a imputar a quem tem realizado um ilícito: a sanção não pode prescindir de uma atitude indevida da vontade do agente (que queria causar o dano ou que não adotou a cautela necessária para evitá-lo); onde este comportamento não falta, vem a mesma ideia de sanção e, então, de responsabilidade”. ALPA, Guido e BESSONE, M. *La responsabilità civile: una rassegna di dottrina e giurisprudenza*. Torino: Utet, 1987, p. 49.

⁸⁷ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. 2 ed., Campinas: Bookseller, 2002, p. 235-244. Como anota Judith MARTINS-COSTA, “Enquanto a moral romana era fundamentalmente a moral do justo, (*aequitas, epicikia*), a moral moderna, instaurada pela Escola do Direito Natural será a moral da conduta humana, conduta a ser julgada através de um filtro específico, o filtro do julgamento de Deus, para os religiosos, ou do foro íntimo, para os laicos, ambos operando, estruturalmente, da mesma forma porquanto os preceitos da lei divina não se despreendem da noção de sanção. Nesse preciso momento ocorre a transmutação do significado da palavra ‘responsável’, vinculada, a partir de então, à idéia de culpa, num processo semelhante ao ocorrido com as palavras ‘causa’ da obrigação civil, ou ‘interpretação’ transitando ‘responsável’ ou ‘responsabilidade’ pela metáfora do julgamento de Deus: julga-se o caráter mais ou menos culpável dos atos humanos, a ação constituindo a própria matéria-prima da lei moral. A intenção subjetiva, o motivo, é avaliado por esse filtro específico e, nessa ótica a culpa vira a causa da responsabilidade”. MARTINS-COSTA,

comportamento do indivíduo, não importando a reparação se a conduta do agente não fosse culposa.

Gradativamente a noção de culpa foi se modificando, passando de uma reprovação moral para uma noção de culpa normativa,⁸⁸ pautada na ideia de que o agente deve adotar certos deveres de conduta utilizando como parâmetro um modelo geral de comportamento que seria adotável pelo o homem médio, como destaca MORAES:

Originalmente, a culpa era apenas a atuação contrária aos direitos, porque negligente, imprudente, imperita ou dolosa, que acarretava danos aos direitos de outrem. Modernamente, todavia, diversos autores abandonaram esta conceituação, preferindo considerar a culpa o descumprimento de um *standard* de diligência razoável, diferenciando esta noção, dita 'normativa' ou 'objetiva' da outra, dita 'psicológica'.⁸⁹

Com efeito, a ideia de culpa leva à concepção da responsabilidade civil pautada na noção de “normalidade”, de bom senso, pois o que torna possível a constatação da culpa é justamente a averiguação de que o ofensor poderia ter optado por outra forma de agir para não causar o dano. Isto é, avalia-se o erro da conduta do responsável a partir de uma comparação com o comportamento considerado normal ou padrão, de modo a evitar o evento danoso.⁹⁰

Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. v. 93, out., 1991, p. 38-39.

⁸⁸ “*Le fondement du concept objectif de la faute c'est la possibilité que l'on a de prévoir la possibilité d'un dommage et d'accomplir les devoirs nécessaires à l'éviter.*” Tradução livre: “O fundamento da concepção objetiva da culpa é a possibilidade que se tem de prever a possibilidade de um dano e de desempenhar os deveres necessários para evitá-lo”. COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé*. 1998, p. 79. A culpa normativa, também denominada culpa objetiva, é entendida como “o erro de conduta, apreciado não em concreto, com base nas condições e na capacidade do próprio agente que se pretendia responsável, mas em abstrato, isto é, em uma objetiva comparação com um modelo geral de comportamento. A apreciação em abstrato do comportamento do agente, imune aos aspectos anímicos do sujeito, justifica a expressão culpa objetiva, sem confundi-la com a responsabilidade objetiva, que prescinde da culpa”. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 33.

⁸⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 861.

⁹⁰ Para Giselda Maria F. Novaes HIRONAKA conceber a responsabilidade civil como uma noção de normalidade ou bom senso pode ser um problema “nas hipóteses em que, sob um ponto de vista objetivo, esse bom senso coletivo ou essa moral coletiva forem, verdadeiramente, mais fictícios do que reais. Não parece bom parâmetro este que visa considerar o costume como a manifestação ou como a medida do bom senso coletivo, porque há costumes que traduzem, claramente, a prática da violência. (...) A interferência moralista na concepção jurídica da responsabilidade apresenta um certo irracionalismo, diga-se assim, que se não prejudica a eficácia jurídica do instituto em sua formulação contemporânea, certamente pode revelar-se um problema, em termos éticos”.

Como se percebe, a noção de culpa modificou-se de uma concepção eminentemente moral (em razão do alto subjetivismo na aferição do que seja ou não moralmente justo e adequado), para uma noção de normalidade (em que se espera o emprego de uma “diligência social média”).⁹¹ Precisamente por conta disso, a própria compreensão contemporânea da responsabilidade civil não deixa de se revelar contraditória, na medida em que tenta conciliar o dever de reparação com a noção de uma “normalidade civil”.⁹²

De toda forma, a relevância da culpa na teoria da responsabilidade civil revela-se inegável, mesmo diante das inúmeras críticas formuladas no sentido da sua insuficiência em razão das necessidades da vida moderna, não persistindo mais como fundamento exclusivo do dever de reparar, mas como uma de suas fontes.⁹³

Verifica-se, assim, que gradativamente o fundamento da culpa que embasava preponderantemente a teoria clássica da responsabilidade civil foi se demonstrando insuficiente para atender aos constantes reclamos de transformação.⁹⁴ Dentre os

Responsabilidade pressuposta. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 87-88. Ainda acerca das críticas da “culpa objetiva” consultar LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 68.

⁹¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 35. Ainda: COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et compare*. 1988, p. 79 e segs.

⁹² HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 91.

⁹³ “A ampliação do campo de abrangência da responsabilidade acabou, então, por provocar certo declínio da culpa enquanto elemento imprescindível à sua configuração; no entanto, não desapareceu completamente a culpa, e nem desaparecerá, já que a evolução não equivale à substituição de um sistema por outro. Esta advertência já houvera sido considerada por Savatier que previu que *se uma responsabilidade fundada no risco se justifica plenamente em nosso direito moderno é preciso não lhe atribuir nem função única, nem mesmo o primeiro lugar. Culpa e risco, anunciou o renomado jurista, devem deixar de ser considerados como fundamentos* da responsabilidade civil, para ocuparem o lugar que efetivamente ocupam, isto é, a posição de fontes da responsabilidade civil, sem importar se uma delas tem primazia sobre a outra, sem a preocupação de que uma aniquila a outra, mas importando saber que, embora tão mais freqüentes os casos de responsabilidade subjetiva, embasada na culpa, persistem existindo os casos em que se registrará a insuficiência desta fonte, quando, então, abrir-se-á a oportunidade da reparação do dano pelo viés da nova fonte, a do risco. Convivem, portanto, as duas teorias, e conviverão provavelmente por longo tempo.” HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 811. No mesmo sentido: MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. v. 93, 1991, p. 36.

⁹⁴ Afirma Carlos Young TOLOMEI: “De efeito, a transformação social fez com que a tradicional responsabilidade subjetiva, informada pela teoria da culpa e por um princípio de imputabilidade moral, se mostrasse insuficiente para a tutela das situações jurídicas presentes numa sociedade de grandes massas e, cada vez mais, de consumo. Dentro desta nova realidade social, a reparação da vítima não mais poderia ser engessada num sistema em que a indenização dependesse, em qualquer hipótese, de uma prova (quase impossível) para identificar quem, de fato,

vários fatores que contribuíram para a chamada “crise” da teoria clássica da culpa como fundamento maior da responsabilidade civil, destacam-se as mudanças no cenário socioeconômico e a própria dificuldade de as vítimas conseguirem comprovar os danos sofridos, decorrentes de uma sociedade industrializada que dificulta enormemente a produção da prova, muitas vezes considerada, como afirma RIPERT, “diabólica”.⁹⁵

Nesse sentido, afirma VINEY,

A evolução interna do direito da responsabilidade, e notadamente o declínio de alguns de seus elementos, julgados ainda essenciais até pouco tempo, como, por exemplo, a culpa, assim como a aparição em seu meio de regimes especiais cujo particularismo é tal que sua inclusão na categoria responsabilidade parece das mais discutíveis (...) dão a impressão de uma diluição espontânea e, em suma, de uma verdadeira inconsistência da própria noção.⁹⁶

Se o desenvolvimento tecnológico e industrial propiciou, por um lado, uma maior acessibilidade aos bens de consumo pela sociedade, por outro lado, elevou as possibilidades da ocorrência de eventos danosos, o que acabou gerando novas

agiu de forma culposa. A dificuldade era tanta que alguns chegavam a qualificá-la como prova diabólica”. A noção de ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do novo Código Civil. *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. TEPELINO, Gustavo (coord.), 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 360.

⁹⁵ Acerca da insuficiência do papel da culpa e as dificuldades encontradas pela vítima para obter a reparação, afirma George RIPERT, “A regra do artigo 1382 (do Código Civil Francês) supõe que a vítima prove a existência de uma falta causadora do prejuízo. Ora, se este é fácil de estabelecer, a prova da culpabilidade assim como o laço de causalidade entre a falta e o prejuízo, constitui muitas vezes *prova diabólica*. Quanto mais as forças de que o homem dispõe são multiplicadas por meio de mecanismos complicados susceptíveis de agir à distância, quanto mais os homens vivem amontoados e próximos dessas máquinas perigosas, mais difícil se torna descobrir a verdadeira causa do acidente e estabelecer a existência da falta que o teria causado. Na expressão de Josserand, o acidente torna-se anônimo.” RIPERT, George. *O regime democrático e o direito civil moderno*. Trad. J. Cortezão. São Paulo: Saraiva, 1937 p. 337. E, ainda, SEGÚI, Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 52, p. 267, Out./ 2004, p. 274 e seguintes.

⁹⁶ “En outre, l'évolution interne de la responsabilité, et notamment le déclin de certains de ces éléments, jugés encore essentiels il y a peu, comme, par exemple, la faute, ainsi que l'apparition en son sein de régime d'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation, inauguré par la loi du 5 juillet 1985 – donnent l'impression d'une dilution spontanée et, pour tout dire, d'une véritable inconstance de la notion elle-même”. Tradução livre. “Por outro lado, a evolução interna da responsabilidade, e notadamente o declínio de alguns de seus elementos, julgados ainda essenciais há pouco, como, por exemplo, a culpa, assim como a aparição em seu bojo do regime de indenização das vítimas de acidentes de trânsito, inaugurado pela lei de 05 de julho de 1985 – dão a impressão de uma diluição espontânea e, sobretudo, de uma verdadeira inconsistência da própria noção.

VINEY, Geneviève. *Responsabilité*. *Archives de Philosophie du Droit*, n. 35, Paris: Sirey, 1990, p. 275-292.

perspectivas de danos no âmbito da responsabilidade civil, ficando cada vez mais nítida a insuficiência da culpa como seu fundamento exclusivo.⁹⁷

Para tanto, uma nova teoria passou a ser defendida por renomados juristas,⁹⁸ tendo como premissa fundamental o risco que certas atividades humanas propiciam no que diz respeito à produção de danos (por isso mesmo denominada “teoria do risco”). Desenvolve-se, assim, a responsabilidade civil objetiva, pela qual a obrigação de reparar o dano prescinde da culpa,⁹⁹ observando-se aí “uma

⁹⁷ Conforme explica Judith MARTINS-COSTA, “A crise da teoria clássica da culpa corresponde, em igual medida, à crise do Estado liberal que resultou, também na crise do chamado dogma da autonomia plena da vontade. Ocorre que a liberdade aí suposta, e que servirá de base ao Liberalismo em todas as suas manifestações, é a liberdade de iniciativa, fator essencial à construção do capitalismo, liberdade de agir sem peias que resulta, sem dúvida, no plano jurídico, de uma concepção individualista. A lei deveria, por essa concepção, garantir a liberdade dos particulares e, por consequência, os declarar irresponsáveis pelos danos causados desde que tivessem agido nos limites estabelecidos pela lei o que, na precisa asserção de Starck, significava que a irresponsabilidade era o grau supremo da liberdade. Os fundamentos da responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. v. 93, out., 1991, p. 43. No mesmo sentido, MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 856-857.

⁹⁸ De acordo com SEGUÍ, “*El proceso comenzó en Francia a partir del pensamiento de Saleilles y Josserand, quienes ‘descubrieron’ un nuevo sentido a unas palabras del art. 1384 francés que establecía la responsabilidad ‘por el hecho de las cosas’. La idea de la teoría consiste básicamente en que quien introduce en la sociedad algo que tiene aptitud para provocar un perjuicio, es el que debe soportarlo cuando este se produce. La piedra se había lanzado y la evolución no tuvo solución de continuidad. En ese devenir, la Cour de Cassation otorgó un ‘destino singular’ al art. 1384 mencionado a través de sucesivos saltos interpretativos que fueron creando un ámbito de aplicación vastísimo a la responsabilidad por el hecho de las cosas. Por su lado, buena parte de la doctrina francesa se hizo eco de esos criterios desde fines del siglo pasado, y en los últimos años ha venido siendo vigorosamente impulsada por los autores italianos (Trimarchi, Rodotà, Sconamiglio, Busnelli, Alpa, Bessone, Visintini).*” Tradução livre: “O processo começou na França a partir do pensamento de Saleilles e Josserand, que ‘descobriram’ um novo sentido para algumas palavras do art. 1384 francês que estabelecia a responsabilidade ‘pelo fato das coisas’. A ideia da teoria consiste basicamente em que quem introduz na sociedade algo que tem aptidão para provocar um prejuízo, é o que deve suportá-lo quando este se produz. A pedra havia sido lançada e a evolução não teve solução de continuidade. Nesse sentido, a Corte de Cassação outorgou um ‘destino singular’ ao art. 1384 mencionado através de sucessivos saltos interpretativos, que foram criando um âmbito de aplicação vastíssimo a responsabilidade pelo fato das coisas. Por sua vez, boa parte da doutrina francesa foi ecoando esses critérios desde o final do século passado e nos últimos anos vem sendo vigorosamente impulsionada pelos autores italianos (Trimarchi, Rodotà, Sconamiglio, Busnelli, Alpa, Bessone, Visintini).” SEGUÍ, Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 52, p. 267, Out / 2004, p.276. Consultar, ainda, SALEILLES, Raymond. *Les accidents du travail et la responsabilité civile*. Essai d’une théorie objective de la responsabilité délictuelle. Paris: A. Rousseau, 1897. JOSSERAND, Louis. *La responsabilité du fait des choses inanimées*. Paris: A. Rousseau, 1897.

⁹⁹ A evolução da teoria do risco, contudo, não passou imune a críticas. Contrários ao desenvolvimento da referida teoria, Henri e Leon MAZEAUD e André TUNC defendem que a culpa deveria ser o único fundamento capaz de justificar idoneamente a responsabilidade civil. A grande crítica então fomentada contra a corrente objetivista da responsabilidade civil apontou para uma indevida invasão dos ideais materialistas que estariam de certa forma subvertendo os fundamentos tradicionais e essenciais da ordem jurídica. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Leon et TUNC, André. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. Paris: Montchrestien, 1957, n.º 64 a 95, 336 a 365.

responsabilidade civil renovada, com um regime particularizado, mais rigoroso na perspectiva dos violadores da norma e mais comprometido com a sorte dos prejudicados”.¹⁰⁰

O regime de responsabilidade civil objetiva, pautado na teoria do risco, volta-se essencialmente para a reparação do dano, ao invés de se preocupar com o comportamento de quem o cometeu, passando a reparação a independe da prova de culpa do responsável, sendo necessária a demonstração do evento danoso praticado por alguém em razão dos riscos oferecidos pela sua atividade.¹⁰¹

No Brasil, o Código Civil de 1916, por forte influência do Código Civil francês, elegeu a culpa como fundamento do dever de indenizar, filiando-se à teoria da responsabilidade civil subjetiva, que passou a ser a regra geral no ordenamento jurídico pátrio.¹⁰² A responsabilidade objetiva, assim, restou relegada a hipóteses

¹⁰⁰ BENJAMIN, Antonio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Responsabilidade civil*, v. 7 – Direito ambiental. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 459-460.

¹⁰¹ “Há várias concepções acerca do risco da atividade, havendo também numerosas teorias em debate. Segundo a teoria do risco-proveito, também chamada de risco benéfico, entende-se que deva suportar a responsabilização pelos danos todo aquele que tire real e efetivo proveito da atividade, isto é, que esta lhe forneça lucratividade ou benefícios econômicos. (...) A teoria do risco profissional sustenta igualmente este proveito, mas relativamente a uma atividade empresarial específica. A teoria do risco criado, mais ampla e mais benéfica para a vítima, considera que toda atividade que exponha outrem a risco torna aquele que a realiza responsável, mesmo nos casos em que não haja atividade empresarial ou lucrativa (proveitosa) propriamente dita. A teoria do risco excepcional trata do risco advindo de atividades que, em si, apresentem risco exacerbado, como ocorre, na normativa brasileira, com a exploração de energia nuclear (Lei n.º 6453/77). Já a teoria do risco integral, ao não admitir excludentes de qualquer espécie, é a mais extremada, sendo adotada em nosso país, através do mecanismo do seguro obrigatório, apenas nos casos de atropelamento por veículos automotores”. MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 853-854.

¹⁰² Desse modo, o art.159 do Código Civil delineava os pressupostos da responsabilidade subjetiva, sendo seus efeitos previstos em Título referente à eficácia das obrigações derivadas de atos ilícitos (arts. 1518 a 1532) e da Liquidação das Obrigações (arts. 1533 a 1553). Todavia, apesar de o artigo 159 ter constituído o princípio-geral da não responsabilidade sem culpa, o ordenamento brasileiro admitia formas de responsabilidade sem culpa, ainda que timidamente, inspiradas mais de perto “nas sólidas bases da justiça e da equidade do que na idéia de culpa tal como posta na teoria clássica.” MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. v. 93, out., 1991, p. 41. De acordo com Caio Mário da Silva PEREIRA, “A culpa exprimiria a noção básica e o princípio geral definidor da responsabilidade, aplicando-se a doutrina do risco nos casos especialmente previstos, ou quando a lesão provém de situação criada por quem explora profissão ou atividade que expõe o lesado ao risco do dano que sofreu. (...). Não obstante o grande entusiasmo que a teoria do risco despertou nos meios doutrinários, o certo é que não chegou a substituir da culpa nos sistemas jurídicos de maior expressão. O que se observa é a convivência de ambas: a teoria da culpa impera como direito comum ou a regra geral básica da responsabilidade civil e a teoria do risco ocupa os espaços excedentes, nos casos e situações que lhe são reservados.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 268.

específicas em que a teoria tradicional demonstrava-se insuficiente.¹⁰³

Todavia, foi somente por meio do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990) que a responsabilidade civil objetiva ganhou força no Brasil, consagrada que foi em vários de seus dispositivos.¹⁰⁴ O evidente objetivo perseguido com a objetivação da responsabilidade dos fornecedores foi o de proporcionar uma melhor defesa dos consumidores por via do restabelecimento do equilíbrio e da igualdade nas relações de consumo, profundamente abalada pelo descompasso entre os atores das referidas relações sociais e jurídicas,¹⁰⁵ na medida em que “o ideário liberal individualista era hostil ao consumidor; erguia-se como verdadeiro dique à proteção de seus interesses.”¹⁰⁶

Nesse sentido, “Em matéria de responsabilidade civil, o principal valor a ser protegido pelo direito deve ser o efetivo e rápido ressarcimentos das vítimas. O

¹⁰³ Destaca-se no Brasil o Decreto Legislativo n.º 2.681, de 07 de dezembro de 1912, apontado como o primeiro caso de responsabilidade civil fundada na teoria do risco. Segundo previa o art. 26 do referido Decreto, a empresa ferroviária seria responsável por todos os danos que a exploração de suas linhas viesse a causar aos proprietários marginais, desde que comprovado o nexo causal entre a exploração da linha e o evento danoso ao proprietário marginal, independente de conduta culposa. Convém frisar que o art. 26, na sua segunda parte, previa a exclusão da responsabilidade da empresa ferroviária acaso o evento danoso tivesse como causa direta um fato praticado por proprietário de edificações, plantações, escavações, depósito de materiais ou guarda de gado à beira das estradas de ferro. O acidente de trabalho foi outra hipótese de aplicação da responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco, que teve início com a previsão do Decreto n.º 3.724, de 15 de janeiro de 1919, seguido do Decreto n.º 24.637, de 10 de julho de 1934. Continuou com o Decreto-lei n.º 7036, de 10 de novembro de 1944, assim como através da Lei n.º 5316, de 14 de setembro de 1967, regulamentada pelo Decreto n.º 61.784, de 28 de novembro de 1967. Aponta-se também, a responsabilidade civil do Estado que passou a ser objetiva a partir da Constituição de 1946, fundada no risco administrativo. Atualmente, a Constituição Federal prevê em seu artigo 37, §6º: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Podemos citar, ainda, a previsão da responsabilidade objetiva para o caso de seguro obrigatório de responsabilidade civil para os proprietários de veículos automotores previsto inicialmente na Lei n.º 6194 de 19 de dezembro de 1974. O Código de Mineração (Decreto-lei n.º 227, de 28 de fevereiro de 1967) prevê em seu art. 47, inciso VIII a responsabilidade objetiva. A Lei n.º 6938/1981 que trata dos danos causados ao meio ambiente prevendo em seu art. 14, §1º “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”, etc. Ressalta-se que há inúmeros outros casos de aplicação de responsabilidade civil objetiva, gradativamente inseridos em nosso ordenamento jurídico para o fim de viabilizar solução indenizatória adequada às necessidades da realidade social e jurídica de cada momento histórico.

¹⁰⁴ O Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990) foi editado a partir da preocupação do legislador constituinte com a implantação de uma “Política Nacional de Relações de Consumo”, visando a melhor tutela dos interesses dos consumidores, erigida constitucionalmente como garantia fundamental (art. 5º, inciso XXXII) e como um dos princípios gerais da Ordem Econômica (art. 170, inciso V).

¹⁰⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 465-466.

¹⁰⁶ SILVA, João Calvão. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Coimbra, 1990, p. 31-32.

CDC, para alcançar este fim, afasta-se do conceito de culpa e evolui, no art. 12, para uma responsabilidade objetiva, do tipo conhecido na Europa como responsabilidade ‘não culposa’”.¹⁰⁷

O Código Civil de 2002, visando acompanhar as grandes modificações sofridas pela responsabilidade civil ao longo do século XX, buscou reestruturá-la por via da implementação de “um modelo aberto, e axiologicamente orientado pelo respeito à pessoa, ‘valor-fonte’ do Ordenamento, e por princípios dotados de elevada densidade ética, que visam tutelar aspectos atinentes a esse “valor-fonte.”¹⁰⁸

Foi precisamente na estrutura de regulamentação da responsabilidade civil que se operou uma importante inovação, eis que agora as condições da caracterização da ilicitude encontram-se na chamada “Parte Geral” do Código Civil, mais propriamente nos artigos 186 e 187. A obrigação de indenizar ganhou autonomia, sendo atualmente prevista nos artigos 927 a 943, sendo a temática relativa à indenização tratada separadamente nos artigos 944 a 954.¹⁰⁹

A mudança ocorrida no sistema brasileiro da responsabilidade civil mostrou que o fundamento da culpa deixou de ser a essencial justificativa da obrigação de indenizar, aliando-se, então, ao fundamento do risco (artigos 927, par. único, 931 e 933 do Código Civil), que teve como principal objetivo a proteção da pessoa da vítima: “O episódio assinalado marca o começo do ‘sistema protetivo’ da vítima, que se considerará titular de um ‘crédito de indenização’, que nasce da ‘injustiça do dano’; já que não é outra coisa que a falta de justiça que o dano é suportado por aquele”.¹¹⁰

¹⁰⁷ MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º ao 74 : aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 223-224.

¹⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. v. V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 74.

¹⁰⁹ Percebe-se, assim, que a autonomização da obrigação de indenizar é de grande importância, na medida em que “se reúne, num único instituto, os princípios relativos aos efeitos da responsabilidade civil, que são comuns às suas várias modalidades (contratual, extracontratual, pré-negocial, pós-negocial, subjetiva, objetiva).” MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. v.V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 74. Destacam-se, dessa nova estrutura: o parágrafo único do artigo 928, que estabelece o princípio da equidade na hipótese de dano causado por incapaz; o parágrafo único do artigo 944, que aduz sobre o princípio da proporcionalidade; o artigo 945, sobre o princípio da gravidade da culpa concorrente da vítima; os artigos 948 a 954, que possuem regras especiais a certos tipos de danos e, por fim, a cláusula geral de responsabilidade objetiva pelo risco, prevista no parágrafo único do artigo 927.

¹¹⁰ “El episodio señalado marca el comienzo del “sistema protectorio” de la víctima, quien se considerará titular de un “crédito de indemnización”, que nace de la “injusticia del daño”; la que no es otra cosa que la falta de justicia de que el daño sea soportado por aquélla”. Tradução livre. SEGUÍ,

A desvinculação da reparação como ideia de “castigo” para sancionar quem causou o dano injustamente, bem demonstra a mudança ocorrida no núcleo do sistema reparatório, que se volta para quem sofreu o dano e não para quem o cometeu,¹¹¹ o que forçou a moderna doutrina civilista a compreender a responsabilidade civil como um verdadeiro “Direito de Danos”.¹¹²

Propiciar à vítima uma reparação efetiva, desfazendo tanto quanto possível os reflexos dos prejuízos causados, sobretudo diante do surgimento e da expansão de novos danos, representa uma tendência já consolidada pela legislação e absorvida pelos operadores do sistema de justiça. Essa nova metodologia exigiu (e ainda exige) uma ressystematização dos pressupostos para a reparação, passando o dano a ocupar o lugar de absoluta primazia.

Dentre os fatores que contribuíram para o desenvolvimento da responsabilidade civil por danos ou o “Direito de Danos” destacam-se os seguintes¹¹³: (i) o requisito da antijuridicidade deixa de ter uma conotação vinculada à culpa, e, portanto, subjetiva do agente, e passa a ter um conteúdo objetivo, vale dizer, a adoção da ilicitude em sentido amplo, como comportamento contrário ao Direito desvinculado da noção de culpa;¹¹⁴ (ii) a mudança da própria concepção da culpa, que deixa de ter um conteúdo essencialmente moral e passa a ser concebida como culpa normativa ou culpa objetiva;¹¹⁵ (iii) o desenvolvimento do sistema da

Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 52, p. 267, Out/2004, p. 277.

¹¹¹ “Como o antigo fundamento da culpa já não satisfaz, outros elementos vêm concorrer para que a reparação se verifique, mesmo em falta daquela. Daí o surto das noções de assistência, de previdência e de garantia, como bases complementares da obrigação de reparar: o sistema da culpa, nitidamente individualista, evoluiu para o sistema solidarista da reparação do dano”. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 24-25.

¹¹² Nesse sentido: ALTERINI, Señalaba Atilio A. *Contornos actuales de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1987; MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Na medida da pessoa humana; estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 317 e ss. e; GUERSI, Carlos Alberto. *Teoría general de la reparación de danos*. Buenos Aires: Ástrea, 1997, p. 26. Outro argumento para a utilização da expressão “Direito de Danos” seria o da restrição do âmbito da responsabilidade civil à modalidade de obrigação que envolve a “imputabilidade mais capacidade” e reservar à reparação do dano todos os demais deveres, tais como, as obrigações de indenizar, os deveres de garantia, assistência e solidariedade, como se a noção de ressarcimento “primasse” sobre a da responsabilidade. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 23-24.

¹¹³ SEGUÍ, Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 52, out.-dez., 2004, p. 278 - 280.

¹¹⁴ Conforme será explicado no Capítulo 4 do presente estudo.

¹¹⁵ Conforme explica Teresa Ancona LOPEZ, “Outro ponto importante é que a avaliação dessa culpa deverá ser objetiva ou in abstracto, tomando como padrão cuidado que um gestor diligente teria, sem levar em consideração as intenções nos comportamentos faltosos”. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 147-148.

responsabilidade civil objetiva coexistindo com a responsabilidade civil subjetiva;¹¹⁶ (iv) a utilização das hipóteses de culpa presumida;¹¹⁷ (v) o incremento dos legitimados ativos a partir do alcance de eventuais vítimas;¹¹⁸ (vi) ampliação dos sujeitos responsáveis¹¹⁹ e a previsão de um regime solidário;¹²⁰ (vii) inicia-se uma fase da socialização dos danos por meio de mecanismos alternativos da responsabilidade civil;¹²¹ (viii) a flexibilização do nexo de causalidade.¹²²

¹¹⁶ Conforme o art. 927 do Código Civil – “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

¹¹⁷ Conforme Teresa Ancona LOPEZ, “Na presunção de culpa (apesar de a culpa resultar do descumprimento de uma obrigação de meios), haverá processualmente a reversão do ônus da prova e o gestor é que terá que provar ou que está agindo com precaução, no caso de o dano ainda não ter se realizado; ou que tomou todas as medidas para que o pior não acontecesse, se o dano não pode ser evitado. Deverá mostrar todas as perícias e medidas concretas adotadas. A presunção de culpa será *juris tantum*, porquanto a *jus et de jure* se equipara à responsabilidade objetiva. (...) Sem dúvida, “a presunção de culpa *juris tantum*” preenche a ideia do dever de cuidado e prudência que deve haver na gestão de riscos na sociedade contemporânea. Estamos diante de comportamentos faltoso e não de reparação de danos”. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 147.

¹¹⁸ A proteção das vítimas de uma sociedade de massa sempre encontrou obstáculo na insatisfatoriedade do acesso pessoal à justiça. Daí a importância dos sistemas de tutela coletiva dos direitos, pelos quais, entidades públicas ou privadas são autorizadas a representar as vítimas, por meio da condução de demandas coletivas. Dentre os países que já adotam um tal modelo, destaca-se o Brasil, que, reconhecidamente, possui um avançado modelo de ações coletivas, regido fundamentalmente pela Lei da Ação Civil Pública (LACP – n.º 7.347/1985) e pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC- Lei n.º 8078/1990). Acerca do tema, VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 17 e segs.

¹¹⁹ Como anota Ricardo Luis LORENZETTI, “Por razões de solvibilidade e de distribuição dos custos, a responsabilidade civil amplia o catálogo de legitimados passivos. Muitos deles não têm nenhuma relação real com o fato danoso, já que se lhes imputa em virtude de uma legitimação extraordinária disposta pelo legislador”. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 229.

¹²⁰ O Código civil em seu art. 942 prevê uma regra geral de solidariedade passiva: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”. Acerca do tema, ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños: Responsabilidad Coletiva*. Santa fé: Rubinzal-Culzoni, 1992, p. 140-145.

¹²¹ De acordo com Adela M. SEGUÍ, “Se inicia un proceso gradual de socialización de los daños mediante mecanismos alternativos de la responsabilidad civil, que no la desplazan sino que coexisten con ella, tales como el seguro -individual o forzoso-, los fondos de garantía, la idea de solidaridad, la asunción de daños por el Estado.” Tradução livre: “Inicia-se um processo gradual de socialização dos danos mediante mecanismos alternativos da responsabilidade civil, que não a desprezam mas que coexistem com ela, tais como o seguro individual ou obrigatório, os fundos de garantia, a ideia de solidariedade, e a suposição de danos pelo Estado”. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 52, out.-dez., 2004, p. 280.

¹²² De acordo com Roberto ALTHEIM, “(...) não se pode considerar a causalidade entre uma conduta e o dano como pressuposto da responsabilidade civil. O nexo de causalidade, com sua nova roupagem, “é elo que indica quais são os danos que podem ser considerados como consequência do fato verificado”. Ou seja: na visão contemporânea o nexo de causalidade presta-se apenas para delimitar o objeto da indenização devida pela pessoa responsabilizada. Certo é que, mesmo sem a necessidade de nexo de causalidade entre conduta e dano, é imprescindível que este tenha alguma conexão com a atividade do seu responsável (...)”. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 143.

Como visto, o sistema da responsabilidade civil vem sofrendo profundas transformações e a figura do dano, apesar de sempre ter sido considerado “o grande vilão da responsabilidade civil”, passa a desempenhar um papel de centralidade voltando-se eminentemente para a plena reparação das vítimas.

A verificação da gradativa mudança ou do incremento dos fundamentos da responsabilidade civil, tanto em dimensão analítica como funcional, parece deixar bem claro que se trata de processo natural e necessário para compatibilizar o Direito com a realidade social no tempo e no espaço.

Se é assim, nada mais certo do que se indagar a respeito da necessidade de, mais uma vez, buscar-se novos fundamentos que continuem a redimensionar o instituto, desvinculados das estreitas amarras da mentalidade liberal patrimonialista que até hoje predominam nessa área.¹²³

1.3 AS ATUAIS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL: PROBLEMAS E PERSPECTIVAS

A regulação tradicionalmente empreendida pelo Direito da responsabilidade civil encontra a sua máxima síntese na ideia de reequilíbrio das relações sociais, a partir da violação dos direitos e da geração de danos. Assim sendo, é essencialmente pela função da reparação¹²⁴ de danos que a noção de justiça como equilíbrio é estabelecida.

A reparação como função precípua do Direito da responsabilidade civil, em razão da própria forma de construção do sistema (pautada no binômio dano-reparação), sustentou-se inicialmente na exigência de se reagir diante de um dano

¹²³ Como explica Maria Celina Bodin de MORAES, “A transformação da responsabilidade civil em direção à objetivação corresponde a uma mudança sócio-cultural de significativa relevância que continua a influenciar o direito civil neste início de século. Ela traduz a passagem do modelo individualista-liberal de responsabilidade, compatível com a ideologia do Código de 1916, para o chamado modelo solidarista, baseado na Constituição da República e agora no Código de 2002, fundado na atenção e no cuidado para com o lesado: questiona-se hoje se à vítima deva ser negado o direito ao ressarcimento e não mais, como outrora, se há razões para que o autor do dano seja responsabilizado”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 857.

¹²⁴ Etimologicamente a palavra *reparação* nos reporta ao sentido de restauração, indenização, ressarcimento de algo que sofreu alterações e deverá ser recomposto ao seu estado originário. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1743.

que afetasse a esfera individual e patrimonial da pessoa.¹²⁵ Assim, toda a estrutura reparatória do Direito da responsabilidade civil foi pensada na modernidade, precipuamente sob uma ótica designadamente patrimonialista, “o modelo patrimonial de dano e o ressarcimento através do pagamento do equivalente monetário são apropriados na sua totalidade, revelando-se razoável a uma economia de mercado na qual o dinheiro é fator de mensuração de cada bem e prestação”.¹²⁶

Como anota MARINONI,

Como está claro, a universalização da tutela pelo equivalente e da indenização em dinheiro reflete um ordenamento jurídico neutro em relação aos direitos e à realidade social. A tutela específica, por supor uma consideração articulada e diferenciada dos interesses e das necessidades pelos quais se pede a tutela, não se conciliava com os princípios da

¹²⁵ Afirma Cesare SALVI, “La nozione di ressarcimento, come figura generale e unitaria, nasce, nella fase di formazione del diritto moderno, parallelamente a quella, altrettanto generale e unitaria, di danno. Allá base è l’esigenza di reagire nel modo più adeguato, e con una regola di carattere generale, ai fatti che determinano una lesione della sfera giuridica individualmente considerata sotto il profilo della lesione della proprietà”. E, continua, o referido autor “Nella fase di formazione del diritto moderno, due, idee si contendono il campo. La prima muove dall’identificazione del danno con la differenza negativa nel patrimonio del danneggiato. La finalità riparatoria è considerata pienamente soddisfatta attraverso il pagamento di una somma di denaro equivalente a quella differenza. (...) L’altra idea di risarcimento, che caratterizza la fase formativa del moderno diritto privato, muove invece da un modello <<reale>> o materiale del danno, identificato non con la differenza patrimoniale, ma con la distruzione o l’alterazione del bene fisico. L’essenza del risarcimento, parallelamente, è vista nella ricostituzione in ‘natura’ della situazione materiale. Importanti sistemi giuridici recepiscono questa idea: che è codificata nel BGB, e fu Allá base dei diritti dei paesi socialisti. La prassi non tarda però a mostrare il carattere ideológico della scelta della riparazione in natura come principio generale: nella gran parte dei casi essa non è possibile, e, se possibile, non interessa AL creditore. In concreto, anche, in questi sistemi la prevalenza del risarcimento pecuniário e del modello patrimoniale del danno è indiscussa.” Tradução livre: “A noção de ressarcimento, como figura geral e unitária, nasce, na fase de formação do direito moderno, paralelamente aquela, como geral e unitária, do dano. A base é a exigência de reagir de forma mais adequada, e com uma regra de caráter geral, os fatos que determinam uma lesão dessa esfera jurídica individualmente considerada sob o perfil da lesão da propriedade. Na fase de formação do direito moderno, duas ideias tem concorrido. A primeira movimenta a identificação do dano com a diferença negativa do patrimônio do lesionado. A finalidade reparatória é considerada plenamente satisfeita com o pagamento de uma quantia de dinheiro equivalente àquela diferença. A outra ideia de ressarcimento, que caracteriza a fase formativa do moderno direito privado, ao invés de mover um modelo real ou material do dano, identificado não com a diferença patrimonial, mas com a destruição ou alteração do bem físico. A essência do ressarcimento, paralelamente, é vista na reconstituição ‘in natura’ da situação material. Importantes sistemas jurídicos incorporam essa ideia: que é codificada no BGB, e foi a base dos direitos dos países socialistas. A prática não tarda, no entanto, a mostrar o caráter ideológico da escolha de reparação ‘in natura’ como princípio geral: na grande parte dos casos não é possível, e, se possível, não interessa ao credor. Em concreto, mesmo nestes sistemas, a prevalência do ressarcimento pecuniário e do modelo patrimonial do dano é indiscutível”. *La responsabilità civile*. 2 ed. Milano: Giuffrè, 2005, p. 243-244.

¹²⁶ “Il modello patrimoniale di danno e il risarcimento attraverso il pagamento dell’equivalente monetário si attagliano in pieno, rivelandosi congrui a un’economia di mercato, nella quale il denaro è fattore di misurazione di ogni bene e prestazione”. Tradução livre. SALVI, Cesari. *La responsabilità civile*. 2 ed. Milano: Giuffrè, 2005, p. 244-245.

abstração dos sujeitos e da equivalência dos valores, próprios do direito liberal.¹²⁷

Em que pese a prevalência da solução reparatória pelo equivalente pecuniário, certo é que, na experiência contemporânea, as noções de patrimonialidade do dano e ressarcimento pelo equivalente monetário foram sendo relativizadas.

A própria concepção do dano gradativamente vem sofrendo relevantes alterações, diante da necessidade da iminente proteção aos valores essenciais das pessoas. Assim, a noção jurídica de dano passa a ser concebida como a violação a um interesse tanto ao patrimônio da pessoa como àqueles valores que se referem à sua própria personalidade, e que importam em um desequilíbrio das próprias relações jurídicas, visto que tanto o patrimônio como a pessoa são protegidos pelo Direito.

É fato que vêm se desenvolvendo outras formas de tutela contra o dano que não sejam exclusivamente a pecuniária, mas é indiscutível e inegável a prevalência da reparação pecuniária.

Com efeito, no âmbito das funções da responsabilidade civil, a reparação seria o gênero e a indenização e a compensação seriam suas espécies, ainda que o termo indenização seja usado indistintamente em nosso ordenamento jurídico.¹²⁸

É importante destacar a diferença de sentido dos termos “compensação” e “indenização”, em virtude da confusão terminológica que muitas vezes ocorre em razão do uso indiscriminado de um e outro.¹²⁹

¹²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao Direito Material e à realidade social*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni%20\(9\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni%20(9)%20-%20formatado.pdf). Acessado em 10 de janeiro de 2012, p. 23.

¹²⁸ A expressão “indenização” é utilizada em sentido amplo pela própria Constituição Federal brasileira, sendo indistintamente utilizada para representar forma de tutela repressiva contra danos patrimoniais ou morais (art. 5º, inciso X).

¹²⁹ Conforme explica Yussef Said CAHALI, “No dano patrimonial, busca-se a reposição em espécie ou em dinheiro pelo valor equivalente, de modo a poder-se indenizar plenamente o ofendido, reconduzindo o seu patrimônio ao estado em que se encontraria se não tivesse ocorrido o fato danoso; com a reposição do equivalente pecuniário, opera-se o ressarcimento do dano patrimonial. Diversamente, a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa. Trata-se, aqui, de reparação do dano moral. Assim, da responsabilidade civil do agente resulta para o ofendido o direito à *indenização do dano* (sentido genérico), para que se resolve ou pelo ressarcimento do dano patrimonial ou pela reparação do dano moral.” *Dano Moral*. 3ª

Assim, “indenização” conduz à ideia de restauração, de ressarcimento de algo que sofreu alguma mutação e que deve ser recomposto ao seu estado originário.¹³⁰ O significado da palavra indenizar (que provém do latim “*in dene*”) importa em reconstituição do patrimônio ao seu estado anterior.

O restabelecimento do equilíbrio por meio da função indenizatória possui um caráter nitidamente patrimonial, pois apenas os bens materiais são suscetíveis de serem recompostos ao seu estado originário, isto é, ao estado anterior ao dano, ainda que por via de parâmetros de equivalência entre o dano e a reparação.¹³¹

A concepção da indenização está pautada no princípio da *restitutio in integrum*, ou da reparação completa. Assim, no caso de danos patrimoniais, dúvida não há em se fixar o *quantum* indenizatório que deve ser precisamente equivalente ao dano caso não seja possível a reparação *in natura*.

Diferentemente, a função compensatória busca o reequilíbrio social não pela reposição do bem violado ao seu estado anterior, mas sim, por alguma satisfação que possa contrabalançar o mal causado, muito embora este não possa ser apagado. Etimologicamente a palavra compensar (do latim, *compensare*) significa contrabalançar, equilibrar, ou ainda, “reparar o dano, o incômodo, etc., resultante de; contrabalançar, contrapesar.”¹³²

Em se tratando de prejuízos provocados a bens extrapatrimoniais, a forma de se restabelecer a situação anterior ao dano é matéria bastante complexa, sendo praticamente impossível referir-se a uma forma precisa de reposição do equivalente absoluto, isto é, nos mesmos contornos do princípio da reparação integral.¹³³

ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 44. Afirma Caio Mário da Silva PEREIRA, “A idéia de reparação, no plano patrimonial, tem o valor de um correspondente, e liga-se à própria noção de patrimônio. Verificado que a conduta antijurídica do agente provocou-lhe uma diminuição, a indenização traz o sentido de restaurar, de restabelecer o equilíbrio e de reintegrar-lhe a cota correspondente do prejuízo. Para a fixação do valor da reparação do dano moral, não será esta a idéia-força. Não é assente na noção de contrapartida, pois que o prejuízo moral não é suscetível de avaliação em sentido estrito. Consequentemente, hão de distinguir-se as duas figuras, da indenização do prejuízo material e da reparação do dano moral; a primeira é reintegração pecuniária ou ressarcimento *stricto sensu*, ao passo que a segunda é sanção civil direta ao ofensor da reparação da ofensa, e, por isto mesmo, liquidada-se na proporção da lesão sofrida.” *Instituições de Direito Civil*, v. II, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 288.

¹³⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1743.

¹³¹ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 125.

¹³² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 512.

¹³³ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 111.

Dessa maneira, o efeito compensatório revela não uma pretensão propriamente ressarcitória, no sentido de se recompor ao estado originário tudo aquilo que a vítima perdeu (em termos patrimoniais), mas sim, proporcionar-lhe uma forma de satisfação que possa amenizar suas perdas em razão da ocorrência da conduta danosa.

Por esse motivo, a compensação se vincula propriamente aos danos de caráter não patrimonial que, por sua abstração e subjetividade, não permitem uma reparação no sentido de recomposição ao *status quo ante*, ou seja, ao estado anterior, como se o dano nunca tivesse existido.

Sob esse aspecto, a função compensatória busca “satisfazer” de alguma forma aqueles sujeitos que tiveram atingido o seu núcleo do “ser como pessoa”, isto é, ofensa à sua esfera extrapatrimonial. Assim, a responsabilidade civil, por meio de sua função compensatória, busca viabilizar à vítima que sofreu um dano em sua subjetividade alguma forma de satisfação idônea a compensar o mal sofrido.¹³⁴

Contudo, conforme já tivemos a oportunidade de anotar¹³⁵, a insuficiência da função reparatória da responsabilidade civil, sobretudo no que diz respeito à fixação de um montante indenizatório na hipótese de danos extrapatrimoniais, tem levado ao desenvolvimento de um caráter punitivo-pedagógico no âmbito de suas funções e que a cada dia vem ganhando mais adeptos, tanto em sede doutrinária¹³⁶ como jurisprudencial.¹³⁷

¹³⁴ MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 145.

¹³⁵ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *A responsabilidade civil e sua função punitivo-pedagógica no Direito Brasileiro*. 226 f., Dissertação de mestrado apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

¹³⁶ Na doutrina estrangeira, dentre os adeptos da ideia da indenização punitiva destacam-se: RIPERT, George. *A regra moral nas obrigações civis*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2002; TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2ª ed. Paris: Économica, 1989; CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: L.G.D.J., 1995; CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997 e; KERN, Bernd-Rüdiger. A função de satisfação na indenização do dano pessoal: um elemento penal na satisfação do dano? *Revista de Direito do Consumidor*. Jan./mar., n.º 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Na doutrina nacional, citem-se: BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998; PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Responsabilidade civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990; e CAVALIERI, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2008.

¹³⁷ Nesse sentido, destacam-se no âmbito do STJ reiterados julgamentos, nos quais se ressalta que “Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à *dúplice função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir.*” STJ, 2ª Turma, RESP 474786/RS, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 07.06.2004 p. 185. Em similar sentido, ainda, relatados pela mesma Ministra: RESP 696.850/RO, DJ 19.12.2005, p. 349; RESP 575023/RS, DJ de 21.06.2004, p.

Tal caráter punitivo-pedagógico se justificaria por desempenhar uma dúplici função: o de punir o agente causador do dano e, conseqüentemente, de servir como mecanismo de dissuasão a comportamentos anti-sociais por meio de sua exemplaridade, propiciando de forma reflexa um efeito de prevenção geral e especial relativamente a determinados comportamentos sociais.¹³⁸

Parece indiscutível que a função punitivo-pedagógica pode traduzir eficiente fator de desestímulo, na medida em que objetiva a dissuasão de condutas ilícitas e anti-sociais por meio da punição do ofensor, conquistando especial relevo na busca por instrumentos aptos a fortalecer a ideia de reparação do dano, especialmente em sede dos danos extrapatrimoniais.¹³⁹

Os motivos da aplicação do caráter exemplar¹⁴⁰ da responsabilidade civil se explicam, sobretudo, em razão da inefetividade da clássica função ressarcitória, como anotam MARTINS-COSTA e PARGENDLER:

As razões para volta do caráter exemplar da responsabilidade civil não são difíceis de explicar, resultando, na maior parte dos casos, da própria insuficiência das respostas oferecidas pela responsabilidade civil como mecanismo meramente ressarcitório, com o montante da indenização limitado ao *quantum* efetivamente sofrido, segundo os cálculos da Teoria da Diferença pela qual o dano resulta da diminuição do patrimônio do credor e aquele que teria se a obrigação fora exatamente cumprida. Essa fórmula de cálculo (na verdade, condicionante do conceito jurídico de dano), conquanto apropriada para o comum dos casos, no dano patrimonial, é inadequada - e mesmo inservível - para o dano extrapatrimonial, terreno que continua pantanoso, pois parece impossível o encontro de critério unitários, gerais e abstratos, aplicáveis à generalidade das situações. (...) Agregue-se a isso a tendência de retratação do Direito Penal, que, segundo os estudiosos, deve ser limitado

204 e RESP 487749/RS, DJ de 12.05.2003, p. 298. Relatados pelo Ministro Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, citam-se os seguintes julgados da 4ª Turma do STJ: RESP 183508/RJ, DJ de 10.06.2002, p. 212; RESP 389879 / MG, DJ 02.09.2002 p. 196 e RESP 173366 / SP, DJ 03.05.1999 p. 152.

¹³⁸ “A indenização punitiva (...) consiste na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*) opondo-se - nesse aspecto funcional - aos *compensatory damages*, que consistem no montante indenizatório compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo.” MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito Brasileiro). *Revista CEJ*. N.º28, jan./marc., 2005, p. 15-32.

¹³⁹ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 299.

¹⁴⁰ Conforme LOURENÇO, não obstante a expressão *exemplary damages* seja empregada como sinônima de *punitive damages*, importa referir que aquela possui uma conotação social e preventiva da indenização punitiva. Assim sendo, seria mais adequado conceber as *exemplary damages* como uma subcategoria das *punitive damages*. LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa: Coimbra Editora, v. XLIII, n.º 2, 2002, p. 1080.

às ofensas mais graves à ordem social, abrindo, então, espaço para a retomada do caráter sancionador da responsabilidade civil.¹⁴¹

Em verdade, por detrás dos chamados “novos danos” (notadamente em áreas que afetam os interesses da coletividade), muitas vezes estão ações dolosamente idealizadas por aqueles que se utilizam da lógica custo-benefício para a obtenção de benefício econômico. Nesses casos, pode-se perceber notória diferença entre eventuais indenizações a serem pagas na mera “extensão do dano” e o lucro auferido pelos infratores.¹⁴² Assim, como forma de fortalecer a reparação dos danos extrapatrimoniais e incutir a necessária punição e dissuasão futura, preconiza-se a majoração da quantia indenizatória¹⁴³ pela qual supostamente se implementaria a aplicação do caráter punitivo-pedagógico da responsabilidade civil.

Em que pese a função punitivo-pedagógica esteja sendo utilizada de forma ampla no sistema de justiça nacional, sobretudo em sede jurisprudencial, a sua integração à teoria da responsabilidade civil sempre foi alvo de diversas críticas e questionamentos, tais como: *i)* a ideia de punição atrelada ao âmbito civil estaria superada? (despenalização da responsabilidade civil)¹⁴⁴; *ii)* seria aplicada apenas aos casos de responsabilidade subjetiva na medida em que leva em conta a conduta

¹⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito Brasileiro). *Revista CEJ*. N.º28, jan./marc., 2005, p. 21.

¹⁴² “Daí a razão pela qual as características funcionais dos *punitive damages* (a punição e a exemplaridade) têm atraído os estudiosos, insatisfeitos com a linearidade do princípio da reparação na sociedade atual (...). Muitas empresas em escala massiva amparam a continuidade de sua produção (e dos danos causados) numa espécie de raciocínio por custo/benefício entre o lucro auferido pela disposição do produto no mercado e o custo da indenização a ser paga ao indivíduos que ingressam em juízo, buscando ressarcimento pelos danos individualmente sofridos”. MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito Brasileiro). *Revista CEJ*. n.º 28, jan./mar. 2005, p. 16.

¹⁴³ Como afirma Maria Celina Bodin de MORAES, “A razão de ser da expansão da tese punitiva em nosso ordenamento, em sua origem, talvez possa ser conjecturada no fato de que, anos atrás, o pagamento pela dor sofrida era, com frequência, considerado imoral (o chamado “dinheiro da dor”), de modo que foi preciso encontrar outra motivação para evitar que as condenações pela lesão a direitos extrapatrimoniais continuassem a ter caráter meramente simbólico. Nesta ordem de idéias, considerou-se que a estrutura de pena privada seria fundamento bastante aceitável diante de certas categorias de danos extrapatrimoniais”. *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de direito civil*. V. 18, abr./jun., Rio de Janeiro: Padma, 2004, p. 52.

¹⁴⁴ A função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil seria uma figura análoga, ultrapassando a fronteira da cisão entre o direito civil e o direito penal, na medida em que atribui uma função retributiva ao autor do dano, servindo-lhe de exemplo com um nítido caráter dissuasivo. Como afirma Paula Meira LOURENÇO: “(...) tem de se admitir que os danos punitivos esbatem as fronteiras entre o Direito Penal e Direito Civil, mas tal acontece porque não se consegue estabelecer uma nítida diferença entre Direito Público e Privado.” LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa: Coimbra Editora, v. XLIII, n.º 2, 2002, p. 1088.

e o grau de culpa do ofensor, afastando-se da responsabilidade civil objetiva?¹⁴⁵; *iii*) a imposição de uma pena privada poderia ensejar um *bis in idem*, punindo o ofensor duplamente pelo mesmo ato, quando sua conduta configurasse uma transgressão cível e penal?¹⁴⁶ *iv*) se aplicada essencialmente aos danos extrapatrimoniais, como explicar a proteção da pessoas apenas pelo viés indenizatório?; *v*) a aplicação da função punitiva-pedagógica levaria a um possível enriquecimento sem causa da vítima?¹⁴⁷

¹⁴⁵ Apesar de a função punitiva objetivar retribuir e prevenir a conduta do ofensor que agiu com culpa, o sistema norte-americano passou a admitir a aplicação dos *punitive damages* também para alguns casos de responsabilidade objetiva, alargando o seu âmbito de atuação antes circunscrito às hipóteses de responsabilidade subjetiva: "(...) A partir da década de sessenta, a jurisprudência norte-americana começou a admitir a imposição de *punitive damages* aos empregadores, naquelas situações em que o trabalhador agira com dolo, e um superior hierárquico havia participado ou ratificado a adopção daquele comportamento (*theory of respondeat superior*), critério que mais tarde veio a ser apelidado de *complicity rule*. Esta regra foi a fonte do *RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY*, 8 217 C (1958) e do *RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS* 909 (1979), estabelecendo-se nesse último que os *punitive damages* só podem ser imputados ao comitente, em virtude de um acto praticado pelo comissário se ocorrer alguma das seguintes situações: a) o comitente autorizou a prática do facto; b) o comissário era incompetente e o comitente foi negligente na sua contratação; c) o comissário estava a agir no âmbito das suas funções; ou d) o comitente ratificou ou aprovou o acto. A afirmação do princípio da responsabilidade objectiva (*vicarious liability*), tornou-se necessário atentar-se na posição do infractor detinha na pessoa colectiva, passando a ser suficiente provar que a conduta, praticada por qualquer trabalhador, havia sido adoptada durante o exercício da actividade, regra esta que por seu turno ficou a ser conhecida por *better rule*, por oposição à precedente. A consagração da 'better rule' levanta o problema que no início se colocou e que consiste em imputar *punitive damages* a um comitente, independentemente de culpa, nomeadamente se este é uma sociedade comercial, não se podendo assim afirmar que se queira puni-la, nem prevenir a repetição da conduta. Para ultrapassar este óbice, os defensores da aplicação dos *punitive damages* a estas situações têm entendido que a função punitiva está presente no incentivo que é dado às sociedades para melhorar os seus níveis de seleção de pessoal, pois é este conjunto que actua pela própria sociedade, e deste modo evitar que as sociedades actuem impune e independentemente da responsabilidade que lhes assiste em virtude dos comportamentos dos seus trabalhadores". LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa: Coimbra Editora, v. XLIII, n.º 2, 2002, p. 1037-1038.

¹⁴⁶ Em sentido contrário à referida crítica, de não haver um *bis in idem*, decidiu a Corte constitucional da Alemanha, conforme informa Bernd-Rüdiger KERN: "Com razão, decidiu o BVerfG (Tribunal Federal Constitucional) que o dinheiro da dor – 'embora 'elementos penais' não lhe sejam de todo estranhos' – não é nenhuma pena no sentido deste preceito constitucional (art. 103, II, da Constituição). Faltam-lhe todos os característicos estigmatizantes da pena criminal. Não é prevista pena de privação de liberdade, como também a correspondente pena substitutiva (*Ersatzfreiheitsstrafe*) e não há inscrição no registro penal. Com isto caem, igualmente, as críticas a respeito da dupla punição". KERN, Bernd-Rüdiger. A função de satisfação na indenização do dano pessoal: um elemento penal na satisfação do dano? *Revista de Direito do Consumidor*. Jan./mar., n.º 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 23-24.

¹⁴⁷ Afirma-se que ao se punir a conduta do ofensor por meio de uma pena privada não poderia ensejar um repentino e desarrazoado afortunamento da vítima, até porque, em assim sendo, incentivar-se-ia uma verdadeira "loteria forense" na busca de indenizações milionárias, afetando-se indevidamente todo o sistema de responsabilidade civil. Ocorre, no entanto, que um dos principais problemas da regulação do enriquecimento sem causa reside na objetivação do que venha a constituir, com precisão, a ausência de "causa", uma vez que dela depende a incidência do dever de restituição do montante pecuniário indevidamente obtido. Conforme explica Maria Cândida do Amaral KROETZ, "A causa da atribuição patrimonial é entendida como o motivo jurídico, a justificação do aporte de um bem a um determinado patrimônio. Esta justificação pode ser um negócio jurídico (e.g.,

Como adiante demonstraremos ao retomarmos o tema (capítulo V), parece-nos que a “punição pedagógica”, muito embora necessária para a refundamentação preventiva da responsabilidade civil, por si só é insatisfatória e insuficiente, não podendo ser considerada a única, ou melhor, forma de se concretizar a aspiração de prevenção contra a ocorrência dos danos. Outros mecanismos inibitórios lhe podem ser agregados para tal finalidade.

Ademais, a função punitivo-pedagógica merece ser instrumentalizada por via de multas civis, mediante regulação própria a respeito dos pressupostos de incidência e destinação apropriada, e não pelo simples agravamento da indenização que, para além de aleatório (sendo, portanto, possivelmente incongruente com a garantia do devido processo legal), ainda pode representar enriquecimento ilícito para as vítimas demandantes, o que igualmente não deixaria de ser contrário ao sistemas constitucional e infraconstitucional.¹⁴⁸

1.3.1 Os problemas inerentes à regra da equivalência na aplicação do princípio da *restitutio in integrum*

O núcleo base do princípio da *restitutio in integrum* consiste na ideia da plena restituição dos prejuízos suportados pela vítima.¹⁴⁹ Tal concepção foi preconizada pelo Direito romano na busca da reposição do *status quo ante* da situação patrimonial violada.¹⁵⁰

o contrato válido, a sucessão, a doação), um dispositivo legal (e.g., a prescrição, o usucapião), um costume ou uma decisão judicial. Assim, a causa é, em última análise, um fato que, à luz dos princípios aceitos no sistema, legitima o enriquecimento”. KROETZ, Maria Cândida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*. Tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005, p. 82-83.

¹⁴⁸ Como explica KFOURI NETO, “A maioria dos autores considera insatisfatória e incompleta a explicação baseada somente na quantificação do prejuízo sofrido – e assinala a influência exercida, na matéria, pelas ideias de sanção e dissuasão”. KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 300.

¹⁴⁹ A restituição integral dos prejuízos sofridos corresponde, no ordenamento constitucional brasileiro, à garantia fundamental prevista em dois incisos do art. 5º: “inciso V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”; “inciso X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

¹⁵⁰ Inicialmente a ideia do princípio do *Restitutio in integrum* pautava-se por ser um “expediente do Pretor baseado no seu poder de Imperium, a considerar como inexistente o negócio jurídico injusto mas válido face ao *Ius civile*, fundando-se o Pretor em circunstâncias de facto para

Constituindo um dos pilares fundamentais sobre o qual se funda a teoria da responsabilidade civil, o referido princípio correlaciona-se à noção de que a reparação só será plena ou integral na medida em que corresponda exatamente àquilo que a vítima perdeu, isto é, a restituição deverá englobar exatamente o equivalente perdido pelo ofendido.¹⁵¹

Como afirma PONTES DE MIRANDA, “O que se há de indenizar é todo o dano. Por ‘todo o dano’ se hão de entender o dano em si e as repercussões do dano na esfera jurídica do ofendido; portanto, tudo que o ofendido sofreu pelo fato que o sistema jurídico liga ao ofensor”.¹⁵²

Em que pese a relevância do princípio da *restitutio in integrum* no que diz respeito às pretensões indenizatórias, é notória a sua insatisfatoriedade para funcionalizar o ressarcimento dos danos às pessoas, em virtude da natureza essencialmente extrapatrimonial destes, que se choca com a concepção eminentemente *patrimonialista* da reparação.¹⁵³ Não obstante o fim almejado no sentido de uma reparação integral, em se tratando de danos às pessoas, os critérios de aferição do prejuízo causado pelo dano são reconhecidamente diversos daqueles estabelecidos no âmbito dos danos patrimoniais.

No que tange aos danos patrimoniais, o valor do ressarcimento pelo equivalente da perda sofrida pelo lesionado se demonstra perfeitamente viável, visto que “existem meios materiais determinantes de equivalência, através do expediente de valoração de bens”. Ao contrário, todavia, no âmbito dos danos extrapatrimoniais

tomar essa decisão. Restitui-se a situação anterior ao negócio, volta-se a trás, o negócio é inexistente, como senão tivesse existido”. REIS, Clayton, *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 26. Aduz o referido autor que “as codificações alemãs modernas mantiveram, todas o princípio da reparação natural”, orientação que foi seguida pelo Código Geral Prussiano, que previa “(I,6,97): todas as vezes que se produza um dano, deverá, dentro do possível restaurar-se o estado de coisas existentes antes da verificação dele”. Acerca da influência do direito romano, consultar: HIRONAKA, Giselda Maria Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 53 e segs. DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002; VILLEY Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. 2ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009, p. 122-131.

¹⁵¹ “Constitui-se o princípio da reparação integral uma das pilastras básicas da teoria da responsabilidade civil. Em consonância com esse postulado, devem-se buscar, na esfera do agente, os elementos necessários para a composição dos interesses lesados. Assim, por ações ou omissões, através de comportamentos pessoais ou despojamentos patrimoniais, conforme a hipótese, cabe ao lesante assumir, e sem limites, salvo lei em contrário, os ônus decorrentes de sua atuação, até que consiga a plena satisfação do lesado”. BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1993, p. 102-103.

¹⁵² PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXVI, § 3.111, Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p. 43.

¹⁵³ SALVI, Cesare. *La responsabilità civile*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2005, p. 244.

ou denominados danos à pessoa¹⁵⁴, “a equação gravita em torno da restauração do ânimo do lesado, ou da devolução a seu equilíbrio ideal, ou seja, de valores imateriais ou incorpóreos.”¹⁵⁵

A busca de critérios razoáveis e efetivos para a compensação dos danos extrapatrimoniais tornou-se, assim, alvo de intenso debate doutrinário e jurisprudencial, como demonstra VINEY,

A evolução legislativa e jurisprudencial revela que atualmente esse princípio não é mais universalmente admitido e que ele contém nele mesmo uma força de expansão que conduz ao risco de abusos. Assim, é impressionante constatar que diversos textos que se são destinados a reformar certos setores do direito da responsabilidade civil tem contido derrogações mais ou menos importantes a essa regra da reparação integral, seja instituindo limites de reparação, seja mesmo introduzindo a ideia de uma tarifação legal de certas indenizações e que atualmente de mais a mais é seriamente questionada a definição com precisão dos danos reparáveis e da regulamentação do índice das indenizações. Mas, é sobretudo a evidência das dificuldades encontradas pela jurisprudência na aplicação desse princípio de reparação aos danos corporais e morais que permite colocar em dúvida o seu valor universal.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Afirma Fernando NORONHA, “A distinção entre danos à pessoa e a coisas deve ser considerada a mais importante classificação dos danos, porque nos mostra todos os prejuízos que são suscetíveis de gerar responsabilidade civil. Esta classificação que separa danos à pessoa e a coisas não era feita nas análises tradicionais da responsabilidade civil. Até tempos relativamente recentes, em que a preocupação fundamental do ordenamento jurídico era com a atividade econômica, os danos à pessoa humana, considerada em si mesma, danos as coisas e danos patrimoniais, por um lado, e danos pessoais e extrapatrimoniais, por outro. Hoje, porém, em que se reconhece ao ser humano uma iminente dignidade, no desenvolvimento da ética sistematizada por Kant no final do século XVIII e conhecida como personalismo ético, e em que as próprias constituições destacam a importância da tutela da pessoa (assim, entre nós é princípio fundamental o Estado Democrático de Direito a proteção da dignidade da pessoa humana, como está expresso logo no art. 1º, III, da Constituição Federal), assume especial relevo a tutela da integridade física, psíquica e moral da pessoa, com o conseqüente reconhecimento do direito à reparação por todos os danos resultantes de atos ou fatos que atentem contra ela. Se a pessoa humana é um dos valores a tutelar pelo ordenamento jurídico, é plenamente justificado que se dê especial relevância aos danos pessoais”. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, v.1, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 558.

¹⁵⁵ “Evidencia-se, assim, a proteção às vítimas como uma das maiores preocupações da Ciência Jurídica, aliás, desde que se desenvolveram, a partir da Revolução Industrial, em meados do século passado, atividades várias carregadas de perigo e que, continuamente, são acrescidas ao cenário fático. A partir de então, cresce o espectro da responsabilidade objetiva, bem como se engendram instrumentos outros de amparo aos lesados, inclusive processuais, a fim de que obtenha, efetivamente, a reparação cabível. BITTAR, Carlos Alberto, *Reparação civil por danos morais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 105.

¹⁵⁶ “L’évolution législative et jurisprudentielle révèle qu’aujourd’hui ce principe n’est plus universellement admis et qu’il recèle en lui-même une force d’expansion qui risque de conduire à des abus. Il est d’abord frappant de constater que plusieurs des textes qui sont intervenus pour réformer certains secteurs du droit de la responsabilité ont apporté des dérogations l’idée d’une tarification légale de certaines indemnités et qu’il est aujourd’hui de plus en plus sérieusement question de définir avec précision les dommages réparables et de réglementer le taux des indemnités. Mais c’est surtout l’évidence des difficultés rencontrées par la jurisprudence dans l’application de ce principe de réparation intégrale aux dommages corporels et moraux qui permet de mettre en doute sa valeur

A aferição do *quantum* indenizatório para a reparação dos danos patrimoniais e para os danos às pessoas deve corresponder à estreita ligação entre o dano e a indenização. Tanto é assim que, para os danos patrimoniais, as perdas e os danos abrangem os danos emergentes¹⁵⁷ e os lucros cessantes¹⁵⁸ de forma a tornar a reparação a mais completa possível. Por outro lado, no que tange aos danos extrapatrimoniais, a equivalência absoluta entre o dano e a compensação é uma meta idealmente perseguida pelos operadores do Direito, sobretudo, pelos magistrados.

Assim, há nítida preocupação jurisprudencial na fixação de um montante pecuniário ideal para a reparação dos danos extrapatrimoniais, cuidando-se para que o valor da indenização não seja ínfimo a ponto de se tornar meramente simbólica a condenação e, por outro lado, não ser exorbitante a ponto de proporcionar o enriquecimento da vítima.¹⁵⁹

universelle.” Tradução livre. VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: Introduction à la responsabilité*. 3ª ed. Paris: L.G.D.J., 2007, p. 146.

¹⁵⁷ Na apuração do dano emergente deverá ser levado em conta tudo aquilo que o ofendido efetivamente perdeu em função da ocorrência do evento danoso, não ensejando maiores dificuldades a sua mensuração, visto que em via de regra será avaliada a diferença no patrimônio da vítima antes e depois da conduta lesiva. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil: Dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova*. v. III, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 36. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 91.

¹⁵⁸ Conforme previsão do art. 402 do Código Civil: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. Nesse sentido ilustra Adriano de CUPIS, “*Cómo se habría producido el lucro cesante de haber existido, queda a la determinación racional del juez, pues sólo los beneficios ciertos son los tutelados por el derecho, y ninguna reacción jurídica puede conectarse al daño que afecta a un interés incierto, ya que el derecho no puede considerar las fantasías e ilusiones de eventuales ventajas. Teniendo en cuenta las circunstancias y las actitudes del perjudicado, es como debe valorar el juez si una determinada ventaja se habría o no realizado a su favor. Aunque debe entenderse bien que la certidumbre, dentro del campo de lo hipotético, no puede ser absoluta, por lo que hay que conformarse con una certeza relativa, o sea, con una consideración fundada y razonable.*” Tradução livre: “Como se teria produzido o lucro cessante existente, cabe à determinação racional do juiz, pois apenas os benefícios certos são os tutelados pelo direito, e nenhuma reação jurídica pode conectar-se ao dano que afeta a um interesse incerto, já que o direito não pode considerar as fantasias e ilusões de eventuais vantagens. Tomando em conta as circunstâncias e as atitudes do prejudicado, é como deve valorar o juiz se uma determinada vantagem se haveria ou não realizado a seu favor. Embora deva entender-se bem que a certeza, dentro do campo hipotético, não pode ser absoluta, por isso há que se conformar com uma certeza relativa, ou seja, com uma consideração fundada e razoável.” CUPIS, Adriano de. *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*. Trad. Angel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1975, p. 315.

¹⁵⁹ Conforme adverte Clayton REIS, ainda, “o aumento dos valores concedidos pelos Tribunais nas indenizações relativas aos danos morais vem demonstrando que as decisões estão se afastando do *quantum debeatur* meramente simbólico, que não condizem com o princípio da indenização por equivalência”. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro:

Preconiza-se, nesse sentido, para fins de fixação de um montante indenizatório que possa de certo modo compensar o sofrimento da vítima, que deve o julgador “se valer de sua experiência e do seu prudente arbítrio na busca de uma solução que possa contribuir para conceder uma indenização que seja a mais equivalente possível ao dano. Na realidade, essa postura somente será possível através de lenta e laboriosa construção jurisprudencial, com forte conteúdo axiológico que exige apurada sensibilidade do julgador.”¹⁶⁰

Assim, a equivalência entre o dano e a indenização¹⁶¹, objetivando o atendimento ao princípio da restituição integral, é perfeitamente adaptável aos danos patrimoniais, em razão de uma avaliação objetiva que toma por base o patrimônio da vítima antes e depois da lesão.

Ilustre doutrina¹⁶² sustenta a inaplicabilidade da regra da equivalência para as hipóteses de danos extrapatrimoniais, afirmando que “a regra da simetria do art. 944, *caput*, do Código Civil brasileiro, incide só em danos patrimoniais, pois não há como mensurar monetariamente a ‘extensão’ do dano extrapatrimonial: nesse caso, o que cabe é uma ponderação axiológica, traduzida em valores monetários”.¹⁶³

Forense, 2002, p. 27/28. Nesse sentido, elucida Caio Mário da Silva PEREIRA ao traçar algumas diretrizes para a fixação da indenização de danos morais: “A vítima de uma lesão a alguma daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo as circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva.” *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 67.

¹⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 28.

¹⁶¹ A regra da equivalência está consagrada em nosso ordenamento no art. 944 do Código Civil, segundo o qual “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

¹⁶² Afirma Alberto TRABUCCHI, “O ressarcimento dos danos morais não tende à *restitutio in integrum* do dano causado; tende mais a uma genérica função satisfatória, com a qual se procura um valor que recompense, em certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Se substitui o conceito de equivalência (póprio do ressarcimento) pelo de reparação que se obtém atenuando de maneira indireta a consequência dos sofrimentos daquele que padeceu”. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, p. 228-229. Consultar, ainda, CABANA, Roberto M. López. Limitaciones a la integra reparacion del daño. ALTERINI, Atílio A. e CABANA, Roberto M. López (coords.) *Temas de Responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Buenos Aires, 1999, p. 133 e segs.

¹⁶³ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito Brasileiro). *Revista CEJ*, n.º 28, jan./marc., 2005, p. 22. Como anota Manuel Inácio CARVALHO DE MENDONÇA, “Existe uma verdadeira logomaquia nesse argumento. Que tal equivalência não existe não há duvidar. Concluir daí para a não-reparação é o que reputamos sem lógica. Realmente, a equivalência não se verifica, nem mesmo entre os meios morais. Nada, pois, equivale ao mal moral; nada pode indenizar os sofrimentos que ele inflige. Mas o dinheiro desempenha um papel de satisfação ao lado de sua função de equivalente. Nos casos de prejuízo material esta última prepondera; nos de prejuízo moral a função do dinheiro é meramente satisfatória e com ela reparam-se não completamente, mas tanto quanto possível, os danos de tal

A compensação “não consiste em uma avaliação econômica absoluta dos danos imateriais, senão na atribuição de um valor econômico por estimativa, que não possui função de equivalência real, mas, a *contrario sensu*, de estabelecer um *quantum* indenizatório proporcional à magnitude do dano e que possa produzir no espírito da vítima a sensação de satisfação pela indenização recebida.”¹⁶⁴

A solução do problema relativo à equivalência está longe de ser alcançada por via de raciocínios simplistas, sobretudo quando se percebe que a questão envolve a análise de valores imateriais atinentes à pessoa.

Para Norberto BOBBIO, a busca pela equivalência revela o problema da igualdade e justiça quando se pretende a devida correspondência entre dano e indenização:

Os casos mais típicos de justiça retributiva, isto é, de igualdade entre o que se dá (ou se faz) e o que se recebe, são os quatro seguintes: relação entre mercadoria e preço, relação entre pagamento e trabalho, relação entre dano e indenização, relação entre crime e castigo”. E, continua: “Também nesses casos, a linguagem comum reconhece o nexo entre os dois conceitos de justiça e de igualdade, falando respectivamente de preço justo, de salário justo, de indenização justa e de pena justa.”¹⁶⁵

Mas, diante de todos os problemas que envolvem o princípio da *restitutio in integrum* no campo dos danos às pessoas, por mais que se procure atender à equivalência pretendida pelo legislador entre o dano e a reparação, objetivando uma “reparação justa”, indaga-se se seria mesmo possível, por via do referido princípio, proporcionar à vítima a mais ampla satisfação.

A resposta a tal indagação há muito tempo causa perplexidade, sendo importante ressaltar os avanços alcançados na matéria com a expressa garantia constitucional da ressarcibilidade dos danos materiais e morais (art. 5º, incisos V e X). De fato, não há dúvida de que a intenção do legislador constituinte foi primordialmente assegurar o direito à reparação, quer derive de um dano patrimonial, quer derive dos chamados danos às pessoas, devendo, assim, ser implementado em toda a sua extensão e profundidade, isto é, por via da mais

natureza.” CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Doutrina e prática das obrigações*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 451.

¹⁶⁴ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 190.

¹⁶⁵ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 2 ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 17-18.

próxima equivalência entre o dano sofrido pela vítima e a reparação a que tem direito.¹⁶⁶

A constitucionalização do direito ao pleno ressarcimento dos danos, nesse sentido, pode ser apontada como fenômeno ilustrativo da alteração paradigmática experimentada no próprio campo da responsabilidade civil, como afirma LAMBERT-FAIVRE: “o direito da responsabilidade se adapta para sempre encontrar um meio de indenizar as vítimas. O direito à reparação das vítimas, assim, não é mais somente uma regra de simples responsabilidade civil: ele se tornou, hoje, um verdadeiro princípio constitucional”.¹⁶⁷

Apesar de todos os argumentos preconizados para justificar a plena reparação das vítimas de danos extrapatrimoniais, é importante salientar que diante das profundas mutações que vem sofrendo o Direito de responsabilidade civil, parece correto sustentar que o efetivo comprometimento com os direitos inerentes às pessoas diz respeito não exatamente à promessa da *restitutio in integrum* na hipótese da violação dos seus direitos e do acarretamento de danos, mas, sim, de uma garantia muito mais apropriada e justificada sobretudo à tutela dos direitos de personalidade, a que se poderia denominar, com a permissão da mutação locutiva, *manutentio in integrum*.

É justamente nesse contexto que se preconiza a premência da refundamentação da responsabilidade civil, em um sentido eminentemente preventivo, única forma de se funcionalizar o direito de responsabilidade civil com vistas a se viabilizar a concretização, tanto quanto possível, de uma nova garantia de respeito à integridade dos direitos, por via da *manutentio in integrum* dos direitos fundamentais (individuais e transindividuais), especialmente daqueles de natureza extrapatrimonial e indispensáveis à proteção da dignidade da pessoa humana.

¹⁶⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 150.

¹⁶⁷ “Le droit de la responsabilité s’adapte pour toujours trouver un moyen d’indemniser les victimes. Le Droit à réparation des victimes n’est d’ailleurs plus seulement une règle de simple responsabilité civile: il est devenu aujourd’hui un véritable principe constitutionnel.” LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. L’Évolution de la Responsabilité Civile D’une Dette de Responsabilité à Une Créance D’indemnisation. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v.86, n.º1, Paris: Dalloz, 1987, p. 14 (livre tradução). No mesmo sentido afirma, ainda, Carlos Alberto BITTAR: “Com efeito, da idéia de dignidade humana, que ao Direito compete resguardar, decorrem vários direitos que, quando desrespeitados em concreto, propiciam a reação do lesado, na busca da reparação. Autorizado pelo próprio Direito Natural, por textos expressos da Declaração Universal (preâmbulo; arts. 7º, 12 e 27, entre outros), e por normas constitucionais (entre nós, preâmbulo, art. 5º, caput, e vários incisos), o lesado pode voltar-se contra o lesante, extrajudicialmente ou judicialmente, a fim de auferir os resultados compatíveis que a técnica jurídica lhe possibilita”. *Reparação civil por danos morais*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 104.

Além do fundamento de uma efetiva proteção aos valores essenciais inerentes à pessoa, é importante salientar outro problema que se liga diretamente àquele, acerca da natureza da reparação, pois via de regra esta se consubstancia em uma indenização pecuniária. Vale dizer, tradicionalmente a resposta oferecida pela responsabilidade civil como forma de reparação sempre esteve fundada em valores essencialmente patrimoniais.

Conforme anota SCHREIBER, “a manutenção de um remédio exclusivamente pecuniário aos danos extrapatrimoniais induz à conclusão de que a lesão a interesses existenciais é a todos autorizada, desde que se esteja disposto a arcar com o ‘preço’ correspondente.”¹⁶⁸

O desvirtuamento que se evidencia na proteção somente repressiva dos valores existenciais é fruto de uma concepção patrimonialista da responsabilidade civil, pela qual o patrimônio constituiria o núcleo fundante do Direito civil clássico, daí derivando, portanto, a obrigação de indenizar como instrumento protetivo próprio.

Como adverte Jorge Mosset ITURRASPE, não admitir o ressarcimento na forma específica significa supor que, com dinheiro, “tudo seja possível”, o que traduziria uma concepção “materialista em excesso” e apegada a uma infundada defesa da liberdade individual do devedor, a qual então poderia se vincular à tese do “dever livre”.¹⁶⁹

Diante da mudança axiológica operada em torno da concepção da proteção da pessoa, conforme aludido anteriormente, e de todos os problemas inerentes à quantificação das indenizações por danos extrapatrimoniais, gradativamente vem surgindo um movimento no sentido da “despatrimonialização da reparação”¹⁷⁰ operada por meios alternativos de reparação que não se vinculam exclusivamente à pecúnia.¹⁷¹

¹⁶⁸ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 187.

¹⁶⁹ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños, t. 1, Parte General*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 380.

¹⁷⁰ Afirma Anderson SCHREIBER, “Com o objetivo de enfrentar estas dificuldades, diversas culturas jurídicas vêm experimentando, ainda que de forma tímida, um movimento de despatrimonialização, não já do dano, mas da sua reparação”. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 188.

¹⁷¹ Nesse sentido, o exemplo da retratação pública prevista na Lei de Imprensa, vinha se demonstrando como uma interessante alternativa à indenização pecuniária, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça – Resp 442.723/RJ, de 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 28/04/2003 – “CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA OFENSIVA EM JORNAL. DANO MORAL. VALOR. RAZOABILIDADE. PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO

A reparação *in natura* que, em que pese não se tratar de inovação propriamente dita (pois sempre foi a modalidade reparatória originariamente idealizada), perdeu força diante de fenômenos como a “banalização dos danos morais”¹⁷², na medida em que acontecimentos banais do cotidiano da vida das pessoas acabam por movimentar o Judiciário por meio de demandas em que tudo seria supostamente indenizável em pecúnia.

Diante de todas essas considerações a respeito da racionalidade pela qual tradicionalmente o Direito da responsabilidade civil reduziu a proteção das pessoas a uma tutela contra o dano, parece evidente a necessidade de profundas transformações serem operadas no instituto, que deve se reinventar a partir da releitura de seus pressupostos centrais: as noções de culpa, de risco, de nexo causal e de dano merecem ser repensadas.

Tal provocação constitui a própria ideia central da presente pesquisa, não se podendo desconsiderar todos os graves problemas e controvérsias que envolvem o tema, sob pena de se levar a um reducionismo teórico. Diante das novas perspectivas abertas pelo reconhecimento da crise da responsabilidade civil, procurar-se-á demonstrar de que forma e sob quais justificativas passa a ser possível e desejável defender a sua refundamentação a partir da prevenção, no intuito da proteção das pessoas contra o dano, e não em função dele.

NO MESMO VEÍCULO DE COMUNICAÇÃO A TÍTULO DE RETRATAÇÃO. DIREITO ALBERGADO NA RECOMPOSIÇÃO OFERECIDA PELO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA PARCIAL CARACTERIZADA PELO NÃO ACOLHIMENTO DE DANOS MATERIAIS. FIXAÇÃO NO PERCENTUAL MÁXIMO. INCABIMENTO. REDUÇÃO. A publicação do acórdão que julgou procedente em parte a ação do autor no próprio jornal de onde surgiu a notícia lesiva à sua moral, objetivando a retratação de seu nome perante a sociedade em que vive, encontra amparo no conceito de ressarcimento previsto no Código Civil, em seu art. 159, de sorte que plenamente viável e legítimo o pedido, sendo a tanto inoponível obstáculo advindo da Lei de Imprensa.” No entanto, a Lei n.º 5.250, de 1967, foi considerada não recepcionada pela Constituição Federal de 1988 pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130-7/DF. Para suprir tal lacuna tramita atualmente no Senado Federal o Projeto de Lei n.º 141 de 2011, de autoria do senador Roberto Requião que “dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido por matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social”, e ainda, “a proposta assegura ao ofendido a divulgação de resposta gratuita e proporcional ao agravo, mas impede o exercício desse direito em caso de retratação espontânea do veículo, resguardando a possibilidade de ação de reparar por dano moral”.

¹⁷² Justamente para evitar a chamada “banalização dos danos morais”, o Superior Tribunal de Justiça acabou reservando para si a tarefa da modulação da quantificação, especificamente para evitar condenções ínfimas ou exacerbadas, como se ilustra: “No tocante ao *quantum* a ser arbitrado como indenização por danos morais, a posição hodiernamente defendido pelo Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de aplicação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de evitar as chamadas indenizações milionárias, sob pena de industrialização e banalização das ações de dano moral.” Agravo em Recurso Especial n.º 8.987 - PA (2011/0056939-7), Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 17/05/2012.

1.4 O SURGIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA

Apesar da tendência verificada no campo da responsabilidade civil, no sentido de se voltar cada vez mais as atenções à pessoa da vítima e não tanto ao causador do dano, parece ser inegável o continuísmo da aplicação do sistema tradicional da responsabilidade, voltado ao binômio dano-reparação.

Vale dizer, passou-se a focar a plena reparação a partir da preocupação com um sistema indenizatório capaz de dar conta do surgimento dos mais variados tipos de danos, seja pela previsão da responsabilidade civil objetiva dentro do Código Civil, seja pela sua modalidade agravada, criada pela jurisprudência a partir de novas teorias que flexibilizam o nexo de causalidade dentre outros.

O surgimento de novos mecanismos ou a flexibilização daqueles tradicionalmente empregados certamente demonstram o comprometimento do instituto em se adaptar e renovar sua roupagem para atender às necessidades da sociedade contemporânea.

Contudo, indaga-se: como o sistema da responsabilidade civil, voltado tradicional e eminentemente para a repressão do dano, pode genuinamente estar comprometido com a proteção da pessoa, no intuito de que ela não chegue à condição de vítima?

Em resposta a tal pergunta, poder-se-ia argumentar não ser papel da responsabilidade civil a prevenção dos danos, competindo-lhe apenas viabilizar a melhor e mais adequada forma de reparação, como se preconiza por meio do Direito de Danos. No entanto, parece claro que diante de novos tipos de danos, até então inimagináveis e com efeitos considerados nefastos para a sociedade em geral, a proteção da integridade e da inviolabilidade dos direitos essenciais da pessoa deve vir em primeiro lugar.

Nesse sentido, o que se busca demonstrar é que o Direito da responsabilidade civil não deve constituir-se como um mecanismo a funcionar apenas *ex post* (após a ocorrência do evento danoso), mas também, e sobretudo, *ex ante* (tendo como objetivo a inviolabilidade dos direitos e a prevenção de danos).¹⁷³

¹⁷³ ALTERINI, Atilio Aníbal, CABANA, Roberto Lopez. *Temas de Responsabilidad civil*. 2ª ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura, 1999, p. 19.

Sem desconsiderar toda a evolução representada pelo denominado “Direito de Danos”, faz-se necessário o pleno desenvolvimento de todas as dimensões nas quais a responsabilidade civil pode e deve operar, como explica THIBIERGE:

Não se trata absolutamente aqui de abalar o direito de responsabilidade e de recolocar em discussão a construção progressivamente elaborada pela ação conjugada da jurisprudência e do legislador. Naquilo, a experiência passada nos fornece ensinamentos preciosos: assim como os promotores do risco o vislumbravam como um substituto para a culpa, a evolução ulterior mostrou que esse novo fundamento permitiu enriquecer os fundamentos da responsabilidade e de modificar o seu regime, deixando à culpa o seu âmbito de aplicação própria. Ademais, nesse sentido, certos autores continuam a defender o fundamento da culpa e outros sublinham os perigos das soluções extremas de toda a culpa ou de todo o risco. Trata-se de responder à emergência dos novos danos e de ultrapassar os limites atuais de nossa responsabilidade civil, não por uma recolocação em questão dos fundamentos anteriores, mas por uma extensão daqueles, segundo a dinâmica da alteração de paradigma que permitirá à responsabilidade jurídica abranger a plenitude do termo «responsabilidade». Nosso direito de responsabilidade já mostrou suas capacidades de evolução e de adaptação à emergência dos novos riscos. A avaliação dessa evolução pode nos ajudar a percorrer essa nova etapa sem muita resistência à necessária mudança. Para tanto, a «responsabilidade» ela própria, no sentido etimológico e filosófico, nos traz um precioso desafio.¹⁷⁴

Por outro lado, há entre os juristas, mesmo dentre aqueles notoriamente comprometidos com a modernização e adequação dos institutos jurídicos ao movimento de constitucionalização, visível prudência a respeito das possíveis consequências geradas por um suposto “superdimensionamento” da

¹⁷⁴ Tradução livre: “Il ne s'agit nullement ici de bouleverser le droit de la responsabilité et de remettre en cause la construction progressivement élaborée par l'action conjugée de la jurisprudence, de la doctrine et du législateur. En cela, l'expérience passée nous fournit des enseignements précieux : alors que les « promoteurs » du risque l'envisageaient comme un substitut à la faute, l'évolution ultérieure a montré que ce nouveau fondement a permis d'enrichir les fondements de la responsabilité et d'en modifier le régime, tout en laissant à la faute son domaine d'application propre. D'ailleurs, en ce sens, certains auteurs continuent à défendre le fondement de la faute, et d'autres soulignent les dangers des solutions extrêmes du tout-faute ou du tout-risque. Il s'agit de répondre à l'émergence de nouveaux dommages et de dépasser les limites actuelles de notre responsabilité civile, non par une remise en cause des fondements antérieurs mais par une extension de ceux-ci, selon la dynamique du changement de paradigme qui permettra à la responsabilité juridique de recouvrer la plénitude du terme « responsabilité ». Notre droit de la responsabilité a déjà montré ses capacités d'évolution et d'adaptation à l'émergence de risques nouveaux. La mise en perspective de cette évolution peut nous aider à parcourir cette nouvelle étape sans trop de résistance au nécessaire changement. En cela, la « responsabilité » elle-même, au sens étymologique et philosophique nous apporte un précieux concours.” THIBIERGE, Catherine. Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?). *Revue trimestrielle de Droit Civile*. 1999, p. 561 e segs.

responsabilidade civil, compreendida, sempre, no seu clássico papel de viabilizar indenização de danos.¹⁷⁵

Não nos parece verossímil, contudo, que um tal suposto superdimensionamento do instituto possa acarretar mal maior do que o infradimensionamento atualmente verificado.

Vislumbrando as possibilidades geradas a partir da chamada responsabilidade civil preventiva, sustenta-se uma necessária refundamentação institucional e instrumental do instituto, que não pode se furtar ao aprimoramento de uma função que jamais lhe foi estranha, relacionada à proteção dos direitos essenciais não apenas das gerações presentes, mas também das futuras, por via da gradativa implementação de técnicas ou mecanismos inibitórios que se revelem úteis à garantia da inviolabilidade dos direitos fundamentais constitucionalmente determinada.¹⁷⁶

O que se pretende demonstrar, portanto, ultrapassa a mera e notória constatação da assunção de uma *função* preventiva da responsabilidade civil. Mais do que isso, objetiva-se sustentar a necessidade de uma possível sistematização da prevenção no direito da responsabilidade civil, que só se torna viável a partir do reconhecimento de que, muito mais do que funcionalizar o instituto, a prevenção na verdade o refundamenta, legitimando-o no contexto da sociedade atual.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Ilustrativamente, consulte-se a ponderação de Gustavo TEPEDINO: “E nem mesmo a caótica intervenção do Estado em áreas sociais críticas – como saúde, transporte, segurança pública – autoriza o super dimensionamento do dever de reparar para a promoção de justiça retributiva entre particulares. Tão grave quanto a ausência de reparação por um dano injusto mostra-se a imputação do dever de reparar sem a configuração de seus elementos essenciais, fazendo-se do agente uma nova vítima. A indenização imposta sem a observância dos seus pressupostos representa, a médio prazo, o colapso do sistema, uma violência contra a atividade econômica e um estímulo ao locupletamento. Há de se conjugar a técnica indenizatória própria da responsabilidade com o sistema de seguros privados, ao lado dos mecanismos impostos ao Poder Público para a promoção da solidariedade constitucional. Aos estudiosos da responsabilidade civil apresenta-se, portanto, o desafio de garantir o ressarcimento amplo, de modo compatível com a locação de riscos estabelecida na sociedade atual, sem que se pretenda transferir para a reparação civil os deveres de justiça social desdenhados por insuficientes políticas públicas e deficitária seguridade social”. O Futuro da Responsabilidade Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 24, (editorial). Rio de Janeiro: Padma, 2005.

¹⁷⁶ Conforme o art. 5º da Constituição Federal, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”.

¹⁷⁷ Conforme Louis BACH: “*Aussi bien faut-il se garder de penser que le fondement de la responsabilité puisse résider dans une quelconque volonté de «prévention des dommages» ou, plus généralement dans la considération de l’opportunité de tel ou tel autre résultat, car ce serait confondre les deux notions fondamentalement différentes de «fondement» de la responsabilité et de «fonction» de celle-ci. En effet, alors que rechercher la fonction des règles établissant une responsabilité, c’est rechercher le résultat à venir qu’attendait de l’établissement de ces règles la société qui les a édictées, rechercher le fondement de la responsabilité c’est, se tournant vers l’action passée de la*

2. A TUTELA DOS DIREITOS E A RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA

*É preciso vencer o dano, o inimigo comum, fator de desperdício e de insegurança, lançando mão de todos os meios preventivos e reparatórios sugeridos pela experiência, sem dismantelar e desencorajar as atividades úteis. Para tal conseguir, não nos devemos acastelar dentro de princípios abstratos ou de preceitos envelhecidos para nossa época, só por amor à lógica dos homens, à vaidade das concepções ou à dos moralistas de gabinete.*¹⁷⁸

2.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL FUNDADA NA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO TANTO REPRESSIVA COMO PREVENTIVA DOS DIREITOS

A busca da promoção de uma tutela efetiva para a proteção à pessoa constitui um dos pilares do Ordenamento Jurídico¹⁷⁹ que não se esgota na garantia de reparação dos danos pelas lesões perpetradas, mas deve ir além, passando “da responsabilidade da pessoa à responsabilidade para com a pessoa”.¹⁸⁰

Conforme já aludido anteriormente, o fenômeno da constitucionalização do Direito civil¹⁸¹ implica a revisão de seus postulados clássicos, no intuito de se concretizar valores referentes à repersonalização e à despatrimonialização,

personne déclarée responsable, rechercher les raisons susceptibles de justifier cette responsabilité, c'est-à-dire d'en rendre compte au nom de l'équité.” Tradução livre: “Contudo, é necessário cuidado ao se pensar que o fundamento da responsabilidade pudesse residir em qualquer vontade de prevenção de danos ou, mais geralmente, em uma consideração de oportunidade para tanto ou outro resultado, porque então, isto seria confundir as duas noções fundamentalmente diferentes de “fundamento” da responsabilidade e de “função” dela. Com efeito ainda que buscar a função das regras que estabelecem uma responsabilidade, seja buscar o resultado futuro que esperaria do estabelecimento dessas regras a sociedade que as editou, buscar o fundamento da responsabilidade é, voltando-se sobre a ação passada da pessoa declarada responsável, buscar as razões suscetíveis de justificar esta responsabilidade, vale dizer de levá-la em consideração em nome da equidade”. *Fondement de la Responsabilité en Droit Français. Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n.º 1, janvier-mars, LXXV, Paris: Sirey, 1977, p. 20.

¹⁷⁸ LIMA, Alvino. Da culpa ao risco. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 83, 1940, n. 445, p. 385-389.

¹⁷⁹ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito contemporâneo e no Brasil. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. BARROSO, Luiz Roberto (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 269 e segs.

¹⁸⁰ MONIER, Jean Claude. *Personne humaine et responsabilité civile. Droit et Cultures*, n.º 31, 1996-1. Paris: L'Harmattan, 1996, p. 52 e 59.

¹⁸¹ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões históricas-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 32 segs. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. *Temas de Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.1-22.

imprescindíveis à proteção da dignidade da pessoa humana, por via da *funcionalização* dos seus institutos¹⁸², conforme explica TEPEDINO:

A dignidade da pessoa humana constitui cláusula geral, remodeladora das estruturas e da dogmática do direito civil brasileiro. Opera a funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais, realizando assim um processo de verdadeira inclusão social, com a ascensão à realidade normativa de interesses coletivos, direitos da personalidade e renovadas situações jurídicas existenciais, desprovidas de titularidades patrimoniais, independentemente destas ou mesmo em detrimento destas. Se o direito é uma realidade cultural, o que parece hoje fora de dúvida, é a pessoa humana, na experiência brasileira, quem se encontra no ápice do ordenamento, devendo a ela se submeter o legislador ordinário, o intérprete e o magistrado.¹⁸³

A Constituição Federal brasileira de 1988 (artigo 1º, inciso III) consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁸⁴ como um dos fundamentos da República, configurando-se tal dispositivo verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa, visto que embasa a proteção da totalidade dos direitos humanos qualificados como primordiais em nosso ordenamento jurídico-constitucional.¹⁸⁵

No específico campo da responsabilidade civil, referida funcionalização estaria sendo implementada, como antes visto, por via do deslocamento da análise da figura do ofensor e de sua culpabilidade (modelo classicamente adotado), para a figura da vítima e de seus direitos ao percebimento da mais efetiva e integral indenização pelos danos suportados (*restitutio in integrum*). Tal redimensionamento

¹⁸² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade (s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: CZ Editora, 2011, p. 149 e segs.

¹⁸³ TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. *Revista trimestral de Direito Civil*, v.2, p. vi, 2000.

¹⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. T. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 573. AZEVEDO, Junqueira de. Caracterização jurídica da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*. V. 9, jan./marc., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 5. MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 116.

¹⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 10. “No que concerne especificamente ao Direito Civil, o princípio da dignidade da pessoa humana tem permitido a reconstrução do conceitual do termo “pessoa” em larga medida com base no fato de as ‘Constituições do século XX’ o terem posto – ou deixado suposto – como princípio estruturante da ordem constitucional. É indiscutível que a atual ênfase numa esfera de valores existenciais da pessoa deve-se, entre outros fatores, à compreensão do papel desempenhado pelos princípios constitucionais no Direito Civil na medida em que estes, para além de constituírem normas jurídicas atuantes nas relações de Direito Público, têm incidência especial em todo o ordenamento e, nesta perspectiva, também no Direito Civil, disciplina das relações jurídicas travadas entre os particulares entre si”. MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no Direito Brasileiro e a natureza da sua reparação. *Revista dos Tribunais*, v. 789, jul., São Paulo, 2001, p. 25-26.

revelaria uma renovada forma de “humanização”¹⁸⁶ e, portanto, de readequação do Direito privado às necessidades dos novos tempos. A alteração do fundamento de sustentação da responsabilidade, assim, conduzi-la-ia cada vez mais para a consagração de um verdadeiro “Direito de Danos”.

É nesse panorama que se torna imprescindível a revitalização do Direito da responsabilidade civil na busca da efetividade da proteção dos direitos essenciais do ser humano, o que de certa forma já vem ocorrendo a partir do reconhecimento de que o centro das atenções deve se estabelecer sobre a pessoa da vítima e da assecuração dos seus direitos.

Assim compreendida a virada no eixo da responsabilidade civil, que passa da figura do ofensor para a mais ampla proteção à vítima, não deveria causar grande estranheza a afirmação de que o seu primeiro compromisso reside justamente na proteção dos direitos subjetivos, partindo-se do abandono da culpa como pressuposto necessário para a incidência do sistema de responsabilização. Como aponta VINEY,

*A priori, fazer da proteção dos direitos subjetivos o fundamento da responsabilidade civil pareceria como uma inversão completa da perspectiva tradicional que funda a responsabilidade sobre a culpa, vale dizer, sobre o desatendimento de deveres e obrigações do sujeito responsável. Todavia, na medida em que se estabeleceu que a culpa não é nem pode mais ser o único fundamento da responsabilidade civil, parece natural que se indague sobre a possibilidade de encontrar nessa noção de proteção de direitos subjetivos um fundamento que permite explicar notadamente os casos – ou certos casos – de responsabilidade sem culpa.*¹⁸⁷

Ao se constatar a transformação do Direito da responsabilidade civil em um “Direito de Danos”, parece evidente que se está a testemunhar a consagração definitiva de que o grande fundamento do instituto tem a ver com a proteção dos direitos das pessoas, seja em caráter repressivo, seja em caráter preventivo.

¹⁸⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 6 e segs. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 60.

¹⁸⁷ “*A priori, faire de la protection des droits subjectifs le fondement de la responsabilité civile apparaît comme un renversement complet de la perspective traditionnelle qui fonde la responsabilité sur la faute, c’est-à-dire sur la méconnaissance des devoirs et des obligations du sujet responsable. Toutefois, dans la mesure où il est bien acquis désormais que la faute n’est plus et ne peut plus être le fondement unique de la responsabilité civile, il paraît naturel de s’interroger sur la possibilité de trouver dans cette notion de protection des droits subjectifs un fondement qui permette d’expliquer notamment les cas – ou certains des cas – de responsabilité sans faute*”. Tradução livre. VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité: Traité de droit civil*. 3ª ed. Paris: L.G.D.J., 2007, p. 122.

A afirmação de que a responsabilidade civil se funda na proteção dos direitos assume vital importância, como parece claro, na sustentação da prevenção como objetivo primeiro ou preferencial do instituto, que conseguirá cumprir concreta e integralmente a sua própria função social na medida em que se revele eficiente em evitar ou dissuadir a ocorrência do ilícito e dos danos que possam deste eventualmente decorrer.¹⁸⁸

Preliminarmente será analisado o compromisso que possui o Direito Privado para com a realização dos direitos fundamentais atualmente ameaçados e violados não mais apenas por atuações ou omissões do Estado mas, sobretudo, pela ações ou omissões dos particulares.

Como adiante destacado, por via da teoria da aplicação dos direitos fundamentais sobre o Direito privado, que parece fulminar com qualquer tentativa de uma separação rígida entre os campos do Direito público e privado, fica ainda mais nítida essa aproximação do Direito da responsabilidade civil com a tutela dos direitos.¹⁸⁹

¹⁸⁸ No dizer de Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, "(...) a proteção da dignidade se dá em uma dimensão intersubjetiva – que implica a imposição de limites à ação dos sujeitos, com vistas a evitar que os demais tenham ofendido sua dignidade – pode, e deve, o direito, através da responsabilidade civil, buscar a prevenção de danos à pessoa". A responsabilidade civil por danos produzidos no curso da atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. *Diálogos sobre direito civil*. Carmem Lucia Silveira Ramos (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 135.

¹⁸⁹ A esse propósito, afirma Geneviève VINEY que "*cette position favorable à l'utilisation de la notion de droit subjectif pour fonder la responsabilité civile paraît se heurter au fait que les différentes <<déclarations des droits de l'homme>>, qu'elles procèdent de textes constitutionnels ou de conventions internationales, présentent ces droits fondamentaux comme des droits de l'individu contre l'État. Or cette verticalité, si elle permet effectivement de ranger le respect des droits de l'homme parmi les fondements possibles de la responsabilité de l'Etat. Or cette verticalité, si elle permet effectivement de ranger le respect des droits de l'homme parmi les fondements possibles de la responsabilité de l'État, paraît s'opposer en revanche à ce qu'il puisse être invoqué à l'appui d'actions en responsabilité civile entre particuliers. Toutefois, de l'avis des spécialistes, cette objection serait de moins en moins valable en raison du processus d'<<horizontalisation>> qu'a d'ores et déjà réalisé la Cour européenne des droits de l'homme. Conforme M. Olivier Lucas, notamment, certains articles de la Convention européenne des droits de l'homme, que la Cour de Strasbourg interprète largement, sont considérés comme applicables dans les relations interindividuelles lorsqu'ils ne sont pas purement et simplement assortis d'un «effet horizontal direct»*". Tradução livre: "essa posição favorável à utilização da noção de direito subjetivo para fundamentar a responsabilidade civil parece tomar em conta o fato de que as diferentes «declarações de direitos do homem», procedam de textos constitucionais ou de convenções internacionais, apresentam esses direitos fundamentais como direitos do indivíduo contra o Estado. Mas essa verticalização, se permite efetivamente assegurar o respeito dos direitos do homem entre os fundamentos possíveis da responsabilidade do Estado, parece se opor, contudo, a que ela pudesse ser invocada para apoiar as ações na responsabilidade civil entre particulares. Todavia, para os especialistas, essa objeção seria menor e de menos valia em razão do processo de horizontalização já realizado pela Corte Europeia dos direitos do homem. Conforme M. Olivier Lucas, notadamente certos artigos da Convenção Europeia dos direitos do homem, que a Corte de Strasbourg interpreta amplamente, são considerados como aplicáveis nas relações interindividuais, na medida em que não são pura e simplesmente derivados de um «efeito horizontal direto»." VINEY,

A revisão crítica da responsabilidade civil insere-se em um movimento muito maior de reconstrução ou de releitura por que passa todo o Direito Privado, alicerçado na força vinculante e *erga-omnes* da teoria constitucional de proteção dos direitos fundamentais.¹⁹⁰

Se, como adiante verificado, a teoria da incidência imediata e direta dos direitos fundamentais sobre as relações privadas hoje prevalece e tende a expandir sua aplicabilidade a campos ainda inexplorados e incessantemente renovados (por força da própria atipicidade dos direitos essenciais), parece evidente que o Direito civil e, dentro dele, o instituto da responsabilidade civil, deve apresentar-se operativo e útil aos objetivos constitucional e civilmente vinculantes, no que se refere à concretização dos direitos.¹⁹¹

Nessa perspectiva, evidentemente que a proteção preventiva será tanto mais conveniente ou adequada quanto mais essencial ou fundamental o interesse ou direito tutelado. Se a violação e a lesão a direitos patrimoniais disponíveis podem comportar um tratamento repressivo, o mesmo não ocorre com a violação e lesão a direitos não patrimoniais e indisponíveis, para os quais a responsabilidade civil deve operar em sentido eminentemente preventivo.

De fato, na medida em que a Constituição Federal brasileira erigiu um amplo sistema de garantia dos direitos fundamentais, atribuindo deveres de proteção exigíveis tanto do Poder Público como dos próprios cidadãos, parece certo afirmar a existência de deveres de prevenção e de precaução relativamente à não violação dos direitos, o que provoca sensíveis alterações na forma de ser das relações

Geneviève. *Traité de Droit Civil: Introduction à la responsabilité*. 3ª ed. Paris: L.G.D.J., 2007, p. 124-125.

¹⁹⁰ Segundo Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA, em todo o ordenamento civil, e, portanto, também na responsabilidade civil, “os princípios constitucionais da solidariedade social e de dignidade humana encontram-se presentes como atributo valorativo fundante, mas não só assim, senão também como autocritério de justificação da responsabilização civil, ela mesma”. *Responsabilidade civil: o estado da arte, no declínio do segundo milênio e albores de um tempo novo. Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. Coord. Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério Donini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 192.

¹⁹¹ Conforme Norberto BOBBIO, “o pressuposto filosófico do Estado Liberal, entendido como Estado limitado em contraposição ao Estado Absoluto, é a doutrina dos direitos do homem elaborada pela Escola do Direito Natural (ou Jusnaturalismo): doutrina segundo a qual o homem, todos os homens, indiscriminadamente, têm por natureza, e, portanto, independentemente de sua própria vontade, e menos ainda da vontade de alguns poucos ou de apenas um, certos direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade – direitos, esses, que o Estado ou mais concretamente aqueles que num determinado momento histórico detêm o poder legítimo de exercer a força para obter a obediência a seus comandos devem respeitar, e portanto não invadir, e ao mesmo tempo proteger contra toda possível invasão por parte dos outros”. *Liberalismo e democracia*. 4ª ed., São Paulo: Editora Brasiliense, 1993, p. 11.

jurídicas, sejam elas caracterizadas como públicas ou como eminentemente privadas.¹⁹²

Indispensável, para tanto, que se tomem em consideração as características inerentes aos direitos fundamentais, na medida em que nenhum sistema de tutela material ou processual pode ser bem-sucedido se ignorar a forma de ser do interesse ou direito a ser protegido. Ora, se os direitos fundamentais se notabilizam, dentre outros aspectos relevantes, pela notória extrapatrimonialidade, e se os direitos ou interesses assim caracterizados não comportam solução indenizatória ou mesmo compensatória satisfatória, isto implica a conclusão de que não basta à responsabilidade civil, para se demonstrar operativa neste campo, apenas implementar soluções ressarcitórias objetivando a melhor forma de reparação dos danos suportados pela vítima.¹⁹³

¹⁹² Como destaca SARLET, “A razão suprema de ser do Estado reside justamente no respeito, proteção e promoção da dignidade dos seus cidadãos, individual e coletivamente considerados, devendo, portanto, tal objetivo ser continuamente promovido e concretizado pelo Poder Público e pela própria sociedade. Os *deveres de proteção* do Estado contemporâneo estão alicerçados no compromisso constitucional assumido pelo ente estatal, por meio do pacto constitucional, no sentido de tutelar e garantir nada menos do que uma vida digna aos seus cidadãos, o que passa pela tarefa de proteger e promover (já que proteção e promoção não se confundem) os direitos fundamentais, o que abrange a retirada dos possíveis obstáculos à sua efetivação. De acordo com tal premissa, a implantação das liberdades e garantias fundamentais (direito à vida, livre desenvolvimento da personalidade etc.) pressupõe uma ação positiva (e não apenas negativa) dos poderes públicos, de modo a remover os “obstáculos” de ordem econômica, social e cultural que impeçam o pleno desenvolvimento da pessoa humana. Assim, uma vez que a proteção do ambiente é alçada ao status constitucional de direito fundamental (além de tarefa e dever do Estado e da sociedade) e o desfrute da qualidade ambiental passa a ser identificado como elemento indispensável ao pleno desenvolvimento da pessoa humana, qualquer “óbice” que interfira na concretização do direito em questão deve ser afastado pelo Estado (Legislador, Administrador e Judicial), seja tal conduta (ou omissão) oriunda de particulares, seja ela oriunda do próprio Poder Público”. SARLET, Ingo Wolfgang. Breves considerações sobre os deveres de proteção do estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 58, p. 41, Abr. 2010, p. 3.

¹⁹³ Atento às necessidades diferentes de proteção dos direitos, Pietro PERLINGIERI anota: “Uma vez considerada a personalidade humana como um interesse juridicamente protegido e relevante para o ordenamento, a responsabilidade civil se estende também a todas as violações dos comportamentos subjetivos nos quais pode se realizar a pessoa. O art. 2043 Cód. Civ. não pode ser limitado aos direitos subjetivos, porque não refere a situações subjetivas qualificadas e específicas, mas, sim, ao dano injusto que consiste na lesão de uma relação, seja pessoal, seja patrimonial, juridicamente relevante (...). Por outro lado, a tendência, um tempo dominante, que se preõe esgotar a problemática dos chamados direitos de personalidade no momento patológico da violação ou da lesão, e, portanto, no ressarcimento do dano, leva em consideração apenas as atitudes subjetivas e as situações que visam impedir, ou, de toda sorte, dificultar a realização do bem. Ao contrário, devem ser consideradas juridicamente relevantes também aquelas situações que o ordenamento orienta em direção à realização da pessoa em termos positivos ou fisiológicos (...). A tutela da pessoa nem mesmo pode se esgotar no tradicional perfil do ressarcimento do dano. Assume consistência a oportunidade de uma tutela preventiva: o ordenamento deve fazer de tudo para que o dano não se verifique e seja possível a realização efetiva das situações existenciais”, PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 766-768.

Nesse sentido, "a tutela dos direitos individuais nas relações privadas não se esgota na garantia de uma obrigação geral de abstenção, nem na reparação dos danos pelas lesões perpetradas, através da responsabilidade civil. A proteção conferida pela ordem constitucional é mais ampla, e envolve tanto uma tutela preventiva dos direitos com uma atuação repressiva e corretiva".¹⁹⁴

A prevenção dos danos (viabilizada, em muitos casos, como adiante se destacará, pela própria inibição de práticas contrárias aos direitos fundamentais) passa a ser, ao lado da indenização de eventuais danos sofridos, essencial objetivo do instituto da responsabilidade civil.

Entretanto, esse objetivo preventivo não pode se resumir à mera imputação genérica do dever de indenizar danos causados injustamente a outrem que, apesar de imprimir inegável dissuasão, por óbvio, não é suficiente para fundamentar a chamada função preventiva da responsabilidade civil.¹⁹⁵

Muito mais do que enxergar nas regras de responsabilidade civil uma mera função preventiva que acaba sendo tratada no mais das vezes como simplesmente acessória, eventual ou circunstancial, constituindo simples reflexo da função reparatória classicamente idealizada, busca-se demonstrar que a prevenção de

¹⁹⁴ Assim, pode-se sustentar que "O Estado Liberal de Direito erige-se sobre as promessas de neutralidade e não intervenção, a fim de viabilizar o desenvolvimento pleno dos indivíduos, à margem da atuação dos poderes públicos. Nesse modelo de total separação entre Estado e sociedade civil, o Direito privado desempenha a função de estabelecer as regras mínimas de convivência entre as pessoas, que desfrutam da mais ampla liberdade no âmbito social. (...) *o estatuto jurídico do Estado liberal, assentava-se sobre três dogmas indiscutíveis: a) a generalidade da lei; b) o reconhecimento da igualdade de todos os indivíduos perante a lei; e c) a consagração da autonomia da vontade privada.* (...) De tal modo, que o caráter auto-suficiente e sistemático do code expressava um dos valores mais caros à teoria liberal: a segurança jurídica", (grifos nossos). SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. BARROSO, Luís Roberto (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 269.

¹⁹⁵ Como assinala Flavia Portela PÜSCHEL, "A responsabilidade civil também é comumente encarada como um mecanismo para evitar a ocorrência de danos. Nesse caso a idéia é que, atribuindo-se a responsabilidade por danos a quem os causa, cria-se um incentivo para que as pessoas desenvolvam meios mais seguros de praticar certas atividades ou abandonem a sua prática, em favor de atividades que gerem menos prejuízos. Mais uma vez, o objetivo depende de que o responsável pague, ou seja, o efeito preventivo da responsabilidade é esperado em função do fato de o responsável ser forçado a arcar com os custos de sua atividade, sem o que a idéia do incentivo não se realiza. Do mesmo modo que a função de reparação da vítima, a responsabilidade civil não é o único meio jurídico para obter o aumento do grau de segurança no exercício de certas atividades ou a eliminação da prática de atividades excessivamente perigosas. Isso pode ser feito diretamente, por exemplo, por meio da proibição do exercício da atividade considerada perigosa demais ou do estabelecimento de normas de segurança sancionadas com multas administrativas". A função comunicativa da responsabilidade civil: evidências a partir de um caso de impunidade. *Revista Direito Getúlio Vargas*, v. 28, São Paulo, 2008, p. 08.

danos, para além de função, deve ser compreendida como verdadeiro *fundamento* do instituto.¹⁹⁶

Assim sendo, a responsabilidade civil, embora não se reduza a mero instrumento,¹⁹⁷ deve implementar mecanismos predispostos a regular as condutas humanas por via de técnicas de inibição, sobretudo de comportamentos potencialmente causadores de danos graves e irreversíveis¹⁹⁸, tendo em vista a premissa fundamental de que “não há como reparar o irreparável”.¹⁹⁹

Com isto, ao Direito da responsabilidade civil passa a competir, para além do tradicional objetivo de restauração do equilíbrio social rompido em função do dano causado, também a inibição da quebra do referido equilíbrio, na medida em que “uma função da responsabilidade civil que impeça a realização de danos estará garantindo a integridade física, moral e econômica dos cidadãos individualmente e da sociedade inteira”.²⁰⁰

Para tanto, a partir da análise da vinculação dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado, pretende-se demonstrar o significado e o adequado alcance da

¹⁹⁶ Conforme Luciano B. TIMM, “A responsabilidade civil passa a ter um papel não imaginado pelo modelo liberal na conformação da atividade empresarial, pois além de ter como propósito a reparação dos danos causados ao mercado, ela permite a prevenção de resultados socialmente indesejados. Nesse segundo aspecto, a previsão de indenizações deve ser forte o suficiente para intimidar práticas rejeitadas pela consciência jurídica do seu tempo, algo que não tem sido atentado por algumas decisões de tribunais brasileiros, nas quais se percebe uma maior preocupação de conter “indústrias de danos morais” e o “enriquecimento injustificado” das partes. Assim, eternizam-se as inscrições indevidas nos órgãos de restrição ao crédito, as cobranças equivocadas de tarifas, as ações repetidas nos fóruns e isso acaba por consumir recursos públicos para manter tribunais, servidores públicos, promotores, juízes, advogados etc”. Os grandes modelos de responsabilidade civil no direito privado: da culpa ao risco. *Responsabilidade civil. v.1 - Teoria geral*. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 308.

¹⁹⁷ Neste sentido, Giselda Maria F. Novaes HIRONAKA esclarece não se tratar o instituto da responsabilidade civil de mera técnica, *tout court*. Responsabilidade civil: o estado da arte, no declínio do segundo milênio e albores de um tempo novo. *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério Donini (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 191.

¹⁹⁸ Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento – “Declaração do Rio de Janeiro” (ECO-1992), Princípio 15: “De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelo Estado, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”. E, ainda, Convenção da Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto n.º 2519, de 16 de março de 1998 e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, promulgada pelo Decreto n.º 2652, em 1º de julho de 1998.

¹⁹⁹ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 134. THIBIERGE, Catherine. Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, n.º 3. julho/setembro. Paris, 1999, p. 561-584.

²⁰⁰ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 137.

proteção contra os denominados “danos graves e irreversíveis”, tais como os decorrentes das lesões ao meio ambiente, à saúde e à honra, vida privada e integridade física da pessoa.

2.1.1 O surgimento dos chamados “novos danos”

A partir da perspectiva do Direito de Danos, caracterizada pela preocupação com a pessoa da vítima e a adequada reparação dos prejuízos por ela suportados, sobretudo diante da sociedade de riscos²⁰¹, é interessante constatar como a alteração da própria concepção do que consista exatamente o dano²⁰² provocou grandes modificações no sistema de responsabilidade civil.

Com efeito, se em um determinado momento a compreensão de dano tinha como parâmetro essencialmente o patrimônio, classificando-se os danos, a partir disso, em patrimoniais e extrapatrimoniais, na atualidade referida compreensão toma novas dimensões, a partir de referenciais novos, voltados à mais ampla e integral tutela da pessoa.²⁰³

²⁰¹ De acordo com Teresa Ancona LOPEZ, “O risco está no centro do Direito. Não se entende Direito sem risco, como não se entende sociedade moderna sem risco. Porém, é na responsabilidade civil atual que o risco vive seu maior prestígio e, dentro dela, se destaca o risco da atividade ou risco empresarial como a principal teoria fundamentadora do direito de danos”. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 44. Acerca do tema consultar GIDDENS, Anthony. *Runaway World, How Globalization is Reshaping our lives*. New York: Routledge, 2000, p. 49-50.

²⁰² “(...) a doutrina de toda parte tem empregado expressões como novos danos ou novos tipos de danos. A rigor, a alusão a ‘tipos’ mostra-se imprópria na maior parte dos ordenamentos, já que a tendência mundial hoje é a de se rejeitar a aplicação do princípio – ou da lógica – da tipicidade no que tange à definição dos danos ressarcíveis. Justamente por essa razão, o arrolamento destes ‘novos danos’ mostra-se tarefa das mais ingratas. Não sendo possível exauri-los, sua indicação tem como utilidade apenas a descrição ilustrativa da amplíssima expansão do dano ressarcível que vem chocando tribunais ao redor do mundo.” SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 87.

²⁰³ “Lo que el derecho tutela, el daño vulnera. Si el derecho tutela un determinado interés humano, éste puede ser atacado por un daño, que será un daño en sentido jurídico (daño jurídico), en cuanto contra él apresta el derecho la propia reacción. En consecuencia, el objeto del daño en sentido jurídico se configura como más limitado respecto al objeto del daño entendido genéricamente; pues que, mientras el objeto del daño genéricamente entendido es cualquier situación favorable, que se refiera o no a seres humanos, objeto del daño en sentido jurídico no puede ser más que un interés humano jurídicamente tutelado. Ciertamente también, la reacción jurídica encuentra su razón de ser tan sólo frente al daño ocasionado a aquello que el derecho tutela y, por tanto, sólo el interés humano puede recibir la tutela del derecho”. Tradução livre: “O que o direito tutela, o dano vulnera. Se o direito tutela um determinado interesse humano, este pode ser atacado por um dano, que será um dano em sentido jurídico (dano jurídico), enquanto contra ele dispõe o direito a própria reação. Em consequência, o objeto do dano em sentido jurídico se configura como mais limitado em relação ao

A classificação das espécies de danos com parâmetro exclusivamente no patrimônio bem revelava a predominante preocupação com o caráter econômico das relações sociais, concepção característica do Estado Liberal.²⁰⁴

Contudo, um tal critério de aferição do conceito de dano, pautado eminentemente pela teoria da diferença entre a situação patrimonial anterior e posterior à sua existência²⁰⁵, revelou-se insuficiente na medida em que se demonstrou demasiadamente reducionista, restringindo a reparação a mero meio de reposição *in natura*, ou mera reposição do patrimônio, como se não houvesse existido a lesão.

A partir do desenvolvimento da sociedade de riscos²⁰⁶, pautada pela complexidade das relações sociais e existenciais, a própria noção de dano foi sendo modificada, passando-se à ampla proteção de valores essenciais da pessoa.²⁰⁷ A plena reparabilidade dos danos à pessoa passou a receber proteção de índole

objeto do dano entendido genericamente, pois que o objeto do dano genericamente entendido é qualquer situação favorável que se não se refira a todos seres humanos, objeto do dano em sentido jurídico não pode ser mais que um interesse jurídico tutelado. Certamente também, a reação jurídica encontra sua razão de ser tão somente frente ao dano ocasionado à aquilo que o direito tutela e, portanto, apenas o interesse humano pode receber a tutela do direito". CUPIS, Adriano de. *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1975.

²⁰⁴ Nesse sentido, como anota Judith MARTINS-COSTA, "A idéia de dano está no centro do instituto da responsabilidade civil, ligando-se muito proximamente ao valor que historicamente é dado à pessoa e às suas relações com os demais bens da vida. Se o mais relevante for a relação entre pessoa e os seus bens patrimoniais, economicamente avaliáveis, cresce em importância a responsabilidade patrimonial, na qual a pessoa é vista tão-só como sujeito titular de um patrimônio que, tendo sido lesado por outrem, deve ser recomposto. Se, ao contrário, em primeiro plano está a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser a pessoa – isto é, a pessoa em sua irredutível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e por isso mesmo titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente –, passa o Direito a construir princípio e regras que visam tutelar essa dimensão existencial, surgindo, assim, a responsabilidade extrapatrimonial." MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 789, jul., 2001, p. 21.

²⁰⁵ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 4.

²⁰⁶ "Para entendermos a dimensão dos riscos que contemporaneamente ameaçam a sociedade, basta lembrarmos acontecimentos do passado recente e que deixaram marcas indeléveis, como as tragédias de Chernobyl e Bhopal, das Torres Gêmeas (11-set-2001), epidemia de AIDS, mortos em Columbine, 'vacas loucas', gripe do frango, amianto, sílica. No Brasil, a explosão do Shopping Center de Osasco, em 1996, em São Paulo, que matou 42 pessoas e feriu gravemente mais de 400, além da destruição das lojas e cinemas; o acidente nuclear com Césio 137 e Goiânia em 1987, com quase 300 pessoas contaminadas; a abertura da cratera gigante na Via Marginal Pinheiros durante a construção de uma linha de metrô em São Paulo, vitimando pessoas e desalojando casas marginais à tragédia; o desastre da TAM em terra, com a explosão do Boeing no Aeroporto de Congonhas na capital de São Paulo; a epidemia de dengue ou de febre amarela ou da morte de inúmeras pessoas por aplicação de soro contaminado." LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 28-29.

²⁰⁷ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 110.

constitucional,²⁰⁸ afastando qualquer forma de dúvida acerca da indenizabilidade dos denominados danos morais em sentido amplo.²⁰⁹

Ressalta-se, nesse sentido, que a expressão danos morais²¹⁰ comumente é utilizada como sinônimo da expressão danos extrapatrimoniais, o que se revela inapropriado uma vez que se trata de relação entre espécie e gênero²¹¹, como já alertava PONTES DE MIRANDA ao suscitar os problemas que a expressão “dano moral” poderia ocasionar:

A expressão dano moral tem concorrido para graves confusões, bem como a expressão alemã *Schmerzensgeld* (dinheiro da dor). Às vezes, os escritores e juízes empregam a expressão dano moral em sentido amplíssimo (dano à normalidade da vida de relação, dano moral estrito, que é o dano à reputação, dano que não é qualquer dos anteriores mas também não ofende o patrimônio, como o de dor sofrida, o de destruição de bem sem qualquer valor patrimonial ou da valor ínfimo). Aí, dano moral seria dano não patrimonial. Outros têm como dano moral o dano à normalidade da vida de relação, o dano que faz baixar o moral da pessoa, e o dano à reputação. Finalmente, há o senso estrito de dano moral: o dano à reputação.²¹²

²⁰⁸ Artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal: V – “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”; X – “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

²⁰⁹ Sintetiza Maria Celina Bodin de MORAES: “Assim, no momento atual, doutrina e jurisprudência dominantes têm como adquirido que o dano moral é aquele que independentemente de prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros. O dano é ainda considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutem na órbita de seu patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas. Neste último caso, diz-se necessário, outrossim, que o constrangimento, a tristeza, a humilhação, sejam intensos a ponto de poderem facilmente distinguir-se dos aborrecimentos e dissabores do dia-a-dia, situações comuns a que todos se sujeitam, como aspectos normais da vida cotidiana.” MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 157-158.

²¹⁰ Destaca-se que comumente a construção da categoria de danos morais em sentido amplo é feita a partir da exclusão do que não seja danos patrimoniais, conforme explica Wilson Melo da SILVA: “Danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.” SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*, p. 1. No mesmo sentido, conforme afirma Orlando GOMES, “A expressão *dano moral* deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há consequência de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial.” GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, p. 330.

²¹¹ Como afirma Carlos Alberto BITTAR, “nem toda violação a direito da personalidade produz dano moral, ou somente dano dessa natureza: pode ou não haver, ou mesclar-se a dano patrimonial. Com efeito, não se pode, *verbi gratia*, extrair que da lesão a componente físico (direito da personalidade) provenha dano moral.” *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 33. No mesmo sentido, SALVI, Cesare. *La responsabilità civile*. 2ª ed., Milano: Giuffrè, 2005, p. 66-67.

²¹² PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, § 3.107, p. 30/31.

Dessa forma, entende-se que a classificação mais coerente e adequada para abranger todas as categorias de danos que afetam diretamente e na integralidade a pessoa seria denominada de “danos à pessoa”, uma “*fattispecie* em construção”²¹³ capaz de englobar qualquer indevida afetação do ser humano em sua integridade psicossomática e existencial, abrangendo o “dano biológico ou à saúde”²¹⁴, o “dano ao projeto de vida”, o “dano moral em sentido estrito”²¹⁵, o “dano existencial ou dano à normalidade da vida de relação”²¹⁶, dentre outros.²¹⁷

²¹³ MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 789, jul., 2001, p. 27-28.

²¹⁴ Sobre o dano à saúde, que afeta a integridade física e mental da pessoa, consultar: ALPA, Guido. *Responsabilità civile e danno: lineamenti e questioni*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 506 e segs; LORENZETTI, Ricardo Luis. La lesión física a la persona. El cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante. Daños a la persona. *Revista de Derecho Privado Y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1995, p. 108 e segs e; HIGHTON, Elena I. La salud, la vida y la muerte. Um problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona. *Revista de Derecho Privado Y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1995, p. 169 e segs.

²¹⁵ O dano moral em sentido estrito também é denominado de “dano anímico”, vale dizer, “que vem da alma”, conforme anota SCOGNAMIGLIO, Renato. Il dano morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale). *Rivista di diritto civile*, n. 3, 1957, p. 286. Segundo Miguel REALE é possível “distinguir claramente entre o dano moral objetivo (aquele que atinge a dimensão moral da pessoa no meio social em que vive, envolvendo o de sua imagem) e o dano moral subjetivo que se correlaciona com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferíveis porque ligados a valores do seu ser subjetivo, que o ato ilícito veio penosamente subverter, exigindo inequívoca reparação.” REALE, Miguel. O dano moral no direito brasileiro. *Temas de direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 23.

²¹⁶ Afirma PONTES DE MIRANDA acerca do dano à normalidade da vida de relação: “O que se colima é a substituição de ritmo da vida, de prazer, de bem-estar psíquico, que desaparece, por outro, que a indenização permite”. *Tratado de Direito Privado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, T. XXVI, p. 31-33. O tema foi amplamente estudado e desenvolvido por ZIVIZ, Patrizia; CENDON, Paolo. *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 2000, p. XXII. CASSANO, Giuseppe. *La giurisprudenza del danno esistenziale*. Piacenza: La Tribuna, 2000, p. 34 e segs.

²¹⁷ Acerca de outras modalidades de danos, tais como o nascimento injusto ou indesejado, suscita Adele M. SEGUÍ: “*Las acciones por injusticias prenatales: a) Wrongful birth: ‘nacimiento injusto’, para reclamar por el nacimiento de un hijo que se podría haber evitado de conocerse la afección; b) Wrongful pregnancy: acción por ‘embarazo injusto’, para demandar por la concepción de un niño no querido; c) Wrongful life: ‘vida injusta’, para pedir reparación por tener que llevar una vida disminuida.*” SEGUÍ, Adele M. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 52, out.-dez., 2004, p. 284-285. Tradução livre: “as ações por injustiças prenatais: a) *Wrongful birth*: nascimento indesejado, para reclamar pelo nascimento de um filho que se poderia ter evitado por conhecer a sua condição; b) *Wrongful pregnancy*: ação por gravidez injusta, para demandar pela concepção de um filho não desejado; c) *Wrongful life*: vida injusta, para pedir reparação por ter que levar uma vida diminuída.” Acerca do tema, consultar, ainda, MARKESINIS, Basil S.; UNBERATH, Hannes. *The german law of torts: a comparative treatise*. 4ª ed., Oxford: Hart, 2002, p. 44 e segs e 156 e segs. Destaca-se, nesse sentido, o caso do medicamento Talidomida que foi utilizado por gestantes do mundo todo, tendo sido desenvolvido na Alemanha para o alívio de enjôos durante a gravidez e que geraram crianças com deficiências de formações congênitas, tendo sido verificado que o medicamento carecia de base experimental. Conforme MARKESINIS e UNBERATH, “(...) the thalidomide scandal broke out leading to the birth of thousands of seriously incapacitated children and to worldwide litigation”. Tradução livre: “o escândalo da talidomida surgiu levando ao nascimento de milhares de crianças gravemente incapacitadas e a uma litigiosidade ao redor do mundo.” MARKESINIS, Basil S.; UNBERATH, Hannes. *The german law of torts: a comparative treatise*. 4ª ed. Oxford: Hart, 2002, p. 92. Sobre o referido caso no Brasil, consultar o julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n.º 60129/SP,

Acerca da nova compreensão e das possibilidades abertas pelos chamados “danos à pessoa”, ITURRASPE anota:

a) A aparição do dano à pessoa, na doutrina nacional e comparada, resulta um avanço positivo e marcante na vida do Direito; b) A nova visão da pessoa humana tem muito a ver com as correntes filosóficas personalistas e existencialistas das últimas décadas; c) Significa, eventualmente, um reconhecimento do valor “humanidade” e a realocação da pessoa humana no centro do Direito; d) Se acentuam todos os aspectos que a pessoa humana mostra: os físicos ou somáticos e os psíquicos; individuais, sociais, familiares, reativos a capacidade de contemplação, de gozos, de projeção, sentir, amar, ao estado de saúde; e) Semelhante enfoque supera largamente o tradicional dano moral, como preço da dor, assim entendido como “dano por desgosto” ou “dano à satisfação” ou alteração dos estados de ânimo; f) O saber jurídico tem necessidade de uma complementação, para captar em sua totalidade a pessoa humana, e em profundidade, com outros saberes: médicos, sociológicos, psiquiátricos, antropológicos, e filosóficos; g) Pode aceitar-se que o “dano à pessoa” acarrete consequências patrimoniais e morais ou espirituais, e que umas e outras podem ser traduzidas em uma indenização pecuniária; h) A “guerra dos rótulos” ou debate sobre a denominação que corresponde dar a tais ou quais danos, assim como a “guerra das autonomias” ou debate se esses danos integram a categoria dos danos morais ou patrimoniais, ou, pelo contrário, se tem autonomia ou formam uma categoria própria, distinta, é uma questão menor, que não vai ao fundo da questão e na qual se perde muitas vezes a visualização da questão central; i) O “dano à pessoa” deve marchar em total harmonia com os denominados “direitos humanos” e com os “direitos da personalidade”; j) De pouco servem essas preocupações jurídicas se elas não estiverem aparelhadas, para o homem concreto, de cada comunidade, ‘uma vida melhor’; k) O denominado ‘progresso jurídico’, do qual o “dano à pessoa” é mostra acabada, nas carências materiais e espirituais que

Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 3ª Turma, j. 20/09/2004, DJ 16/11/2004. A Lei n.º 7.070/82 regulamentou o regime de pensões para as vítimas portadoras da “Síndrome da Talidomida” e a Lei n.º 12.910/2010 dispôs sobre os danos morais das pessoas com deficiência em decorrência do medicamento. Outro caso a ser destacado é o referente ao uso do anticoncepcional Microvlar, conhecido como o “caso das pílulas de farinha”. Fabricado pela indústria Schering do Brasil Química e Farmacêutica, descobriu-se que um lote de cartelas desses comprimidos não continha o princípio ativo (hormônios), mas sim, farinha, não impedindo a gravidez indesejada. A demanda coletiva proposta, em defesa dos interesses das lesadas, foi julgada pelo Superior Tribunal de Justiça no âmbito do Recurso Especial n.º 866636/SP, Rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, Terceira turma, j. 29/11/2007, DJ 06/12/2007, e assim ementado: “Ação civil pública proposta pelo PROCON e pelo Estado de São Paulo. Anticoncepcional Microvlar. Acontecimentos que se notabilizaram como o ‘caso das pílulas de farinha’. Cartelas de comprimidos sem princípio ativo, utilizadas para teste de maquinário, que acabaram atingindo consumidoras e não impediram a gravidez indesejada. Pedido de condenação genérica, permitindo futura liquidação individual por parte das consumidoras lesadas. Discussão vinculada à necessidade de respeito à segurança do consumidor, ao direito de informação e à compensação pelos danos morais sofridos. (...) A responsabilidade da fornecedora não está condicionada à introdução consciente e voluntária do produto lesivo no mercado consumidor. Tal ideia fomentaria uma terrível discrepância entre o nível dos riscos assumidos pela empresa em sua atividade comercial e o padrão de cuidados que a fornecedora deve ser obrigada a manter. Na hipótese, o objeto da lide é delimitar a responsabilidade da empresa quanto à falta de cuidados eficazes para garantir que, uma vez tendo produzido manufatura perigosa, tal produto fosse afastado das consumidoras. (...) A empresa fornecedora descumpra o dever de informação quando deixa de divulgar, imediatamente, notícia sobre riscos envolvendo seu produto, em face do juízo de valor a respeito da conveniência, para sua própria imagem, da divulgação ou não do problema. Ocorreu, no caso, uma curiosa inversão da relação entre interesses das consumidoras e interesses da fornecedora: esta alega ser lícito causar danos por falta, ou seja, permitir que as consumidoras sejam lesionadas na hipótese de existir uma pretensa dúvida sobre um risco real que posteriormente se concretiza, e não ser lícito agir por excesso, ou seja, tomar medidas de precaução ao primeiro sinal de risco”.

são comuns em muitos lugares do mundo; l) O “dano à identidade”, entendido como detrimento ao patrimônio ideológico-cultural da personalidade, conjunto de atributos vinculados com a posição profissional, religiosa, ética, política e com os riscos psicológicos de cada pessoa, é a nova meta no tema que nos ocupa. O dano fundado na dimensão do homem em sua concreta realidade.²¹⁸

Por outro lado, para além dos danos individuais, vêm ganhando cada vez maior destaque os danos produzidos em relação aos chamados *direitos transindividuais* (adiante analisados), cujas consequências, em termos de extensão e profundidade, certamente preocupam não apenas as comunidades nacionais, mas à sociedade global.

O que parece claro, assim, é que a reconceituação e o redimensionamento dos danos, decorrentes das naturais alterações da forma de ser da vida social, têm acarretado e ainda acarretarão profundas revisões nos sistemas de justiça, aí incluindo-se o Direito de responsabilidade civil, já a partir de uma nova concepção preventiva, ora preconizada.

Se os danos às pessoas, assim como os danos transindividuais, passam a ser caracterizados, no mais das vezes, como impassíveis de adequada recomposição *in natura*, e muito menos em dinheiro, parece claro que a única proteção que se lhes pode proporcionar condignamente é a preventiva, o que

²¹⁸ Tradução livre. “a) La aparición del “daño a la persona”, en la doctrina nacional y comparada, resulta un avance positivo y remarcable en la vida del Derecho; b) La nueva visión de la persona humana tiene mucho que ver con las corrientes filosóficas personalistas y existencialistas de las últimas décadas; c) Significa, a la postre, un reconocimiento del valor “humanidad” y la reubicación de la persona humana como centro del Derecho; d) Se pone el acento en todos los aspectos que la persona humana muestra: los físicos o somáticos y los síquicos; individuales, sociales, familiares, relativos a la capacidad de contemplación, de gozos, de proyectar, sentir amar, al estado de salud; e) Semejante enfoque supera largamente el tradicional “daño moral”, como precio del dolor, aun entendido como “daño por disgusto” o “daño al placer” o alteración de los estados de ánimo; f) El saber jurídico há menester de una complementación, para captar en su totalidad a la persona humana, y en profundidad, com otros saberes: médicos, sociológicos, siquiátricos, antropológicos, sociológicos e incluso filosóficos; g) Puede aceptarse que el “dano a la persona” acarrea consecuencias patrimoniales y morales o espirituales y que unas y otras pueden ser traducidas en una indemnización dineraria; h) La “guerra de las etiquetas” o debate acerca de la denominación que corresponde dar a tales o cuales daños, así como la “guerra de las autonomías” o debate sobre si esos daños integran la categoría de los morales o patrimoniales, o, por el contrario, si tienen autonomía o forman una categoría propia, distinta, es un quehacer menor, que no hace al fondo de la cuestión y en el cual se pierde muchas veces la contemplación del tema central; i) El “daño a la persona” debe marchar en total armonía con los denominados “derechos humanos” y con los “derechos de la personalidad”; j) De poco sirven estas preocupaciones jurídicas si ellas no traen aparejada, para el hombre concreto, decada comunidad, “una vida mejor”; k) El denominado “progreso jurídico”, del cual el “dano a la persona” es muestra acabada, en las carencias materiales y espirituales que son comunes en muchos lugares del mundo; l) El “daño a la identidad”, entendido como detrimento al patrimonio ideológico-cultural de la personalidad, conjunto de atributos vinculados con la posición profesional, religiosa, ética, política y con los rasgos psicológicos de cada persona, es la nueva meta en el tema que nos ocupa”. ITURRASPE, Jorge Mosset. El daño fundado en la dimension del hombre en su concreta realidad.” Daños a la persona. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1995, p. 39-40.

implica a imprescindibilidade de reestruturação do sistema de responsabilidade civil, como observa THIBIERGE:

Uma tríplice influência de fatos novos, a insuficiência do direito positivo e ideias emergentes anunciam frequentemente as grandes transformações da responsabilidade civil. Nesse sentido, o paralelo com a aparição de danos novos ignorados no período precedente: o surgimento de acidentes ligados à evolução técnica, no fim do século XIX, o surgimento de novos riscos ligados à evolução tecnológica, ao fim do século XX. Esses últimos ilustram uma mudança de escala, na qual os riscos são maiores, e uma alteração de natureza, na medida em que eles são gravíssimos e faticamente irreversíveis, tal como determinados danos ecológicos ou genéticos.²¹⁹

Como adiante se demonstra, uma tal reestruturação passa a ser condição para viabilizar a funcionalização do Direito da responsabilidade civil, sobretudo no que diz respeito à proteção adequada dos direitos fundamentais.

2.2 A VINCULAÇÃO E A INCIDÊNCIA DA APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOBRE O DIREITO PRIVADO

A existência de um compromisso do Direito Privado com a efetivação dos direitos fundamentais,²²⁰ ou, ainda, a forma como tal compromisso se concretizaria,

²¹⁹ “Une triple influence de faits nouveaux, d’insuffisance du droit positif et d’idées naissantes prélu de souvent aux grandes transformations de la responsabilité civile. A cet égard, le parallèle avec l’apparition de la théorie du risque est très significatif. La pression des faits sur le droit consiste en l’apparition de dommages nouveaux ignorés dans la période précédente : apparition des accidents liés à l’évolution technique, à la fin du XIXe siècle, apparition de nouveaux risques liés à l’évolution technologique, à la fin du XXe siècle. Ces derniers illustrent un changement d’échelle, en ce que ces risques sont majeurs, et un changement de nature, en ce qu’ils sont très graves voire irréversibles, à l’instar de certains dommages écologiques ou génétiques(...)”. THIBIERGE, Catherine. *Avenir de la responsabilité, responsabilité d’avenir*. Recueil Dalloz. Chronique, Paris, n.9 (4 mars 2004), p. 577-582.

²²⁰ “As expressões «direitos do homem» e «direitos fundamentais» são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado, poderíamos distingui-las da seguinte maneira: *direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); *direitos fundamentais* são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seria os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica”. (...) “Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações, por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como

sempre foi tema dos mais controvertidos na doutrina e na jurisprudência dos países que se pretendem vocacionados, a um só tempo, à proteção da liberdade e do bem estar social do ser humano.

Neste campo, o eterno embate entre a autonomia e a liberdade privada, de um lado, e a necessidade de proteção dos direitos, de outro, gerou uma interminável discussão de índole político-constitucional a respeito da chamada *eficácia horizontal* da teoria dos direitos fundamentais sobre as relações privadas.²²¹

Assim, se no Direito norte-americano prevalece a concepção negativista derivada da doutrina liberal da *state action*, vale dizer, a da não vinculação dos particulares aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos,²²² nos países de tradição romano-germânica é praticamente consensual a ideia oposta, muito embora haja grande disparidade de opiniões a respeito da forma e da extensão da referida vinculação.²²³

A diversidade das correntes acerca da incidência ou não dos direitos fundamentais sobre os particulares deve-se, em grande parte, à premissa segundo a qual as normas de direitos fundamentais têm como destinatários também os sujeitos de Direito Privado ou, com exclusividade, o Estado e seus órgãos.²²⁴

«direito à pessoa ser e à pessoa devir», *cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa*». CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 529-532.

²²¹ «É, porém, o peso ideológico do proprietarismo individualista que ainda hoje intervém quando, perante a necessidade de fazer vigorar nas relações privadas os princípios e normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais (o direito civil seria, assim, e cada vez mais, um *direito constitucional concretizado*), se reage emocionalmente denunciando as metástases «cancerígenas» do direito constitucional no âmbito do ordenamento civil, se invoca a perversão do direito civil, da autonomia privada e do livre desenvolvimento da personalidade, perante a «coacção» feita nas relações privadas pelas normas constitucionalmente referentes a direitos fundamentais. Este peso ideológico justifica também o artificialismo de certas doutrinas, obrigadas a reconhecer as novas dimensões da proteção dos direitos fundamentais, e as soluções retrógradas que continuam a dar-se a alguns problemas de proteção dos direitos». CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 604.

²²² Em estudo sobre o tema, Daniel SARMENTO explica a razão de tal orientação, fundada na doutrina liberal da *state action*, originada já a partir da literalidade do Bill of Rights, que impõe limitações quase que exclusivamente aos Poderes Públicos, não atribuindo aos particulares o exercício de deveres ou direitos fundamentais frente a outros particulares, à exceção da proibição da escravidão (prevista na 13ª Emenda) e de algumas situações especialmente referidas pela jurisprudência por via da chamada *public function doctrin*. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 197.

²²³ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 197.

²²⁴ Defendendo a última orientação, CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009. p. 55.

Na doutrina brasileira é possível apontar a predominância da corrente que preconiza a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, a partir do próprio texto constitucional de 1988, que, para além de preconizar a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais (§2º do art. 5º da CF), não afirma que tais normas teriam como destinatário exclusivo o Poder Público.²²⁵

Ademais, referida eficácia horizontal, de incidência direta e imediata, derivaria ainda da necessidade de proteção do chamado “mínimo existencial” e da dignidade da pessoa humana, cada vez mais ameaçada e lesada não apenas por parte do Estado, mas da própria sociedade de massa, globalizada e alienada.²²⁶ A coordenação das eficácias vertical e horizontal, assim, presidiria a incidência da teoria dos direitos fundamentais sobre as relações privadas.²²⁷

²²⁵ Conforme sustenta GEDIEL, “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, por sua vez, também é exigência do projeto político e da normatividade constitucional assumidos pela sociedade brasileira em 1988. Essa vinculação se manifesta, de modo especial, nas relações contratuais de trabalho para exigir dos cidadãos comportamentos que, concomitantemente, sejam a expressão de sua liberdade econômica e de respeito aos seus concidadãos”, GEDIEL, José Antônio Peres. *A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. Constituição, direitos fundamentais e direito privado* (org. SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 157.

²²⁶ Sobre o tema, exemplifica Carlos Roberto Siqueira CASTRO: “O Estado deixa gradativamente de ser o grande e único inimigo das liberdades públicas, haja vista que proliferam na sociedade outros focos de poder – poderes inorgânicos e não departamentais da soberania do Estado – a exemplo do poder da mídia e das comunicações, o poder dos bancos no sistema financeiro, do poder tecnológico, do poder patronal-empresarial dos oligopólios e do poder do banditismo paramilitar, dentre outros, todos eles, potencialmente, em condições de periclitarem a todo instante o exercício dos direitos fundamentais do homem”. *Extensão dos direitos e deveres fundamentais às relações privadas. Direitos humanos: desafios humanitários contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos Refugiados (Lei n. 9474 de 22 de julho de 1997)*. João Carlos de Carvalho Rocha, Tarcísio Humberto Parreiras Henriques Filho, Ubiratan Cazetta (coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 143.

²²⁷ Nesse exato sentido, pronuncia-se Ingo Wolfgang SARLET: “A partir das observações precedentes e considerando que um Estado Democrático de Direito genuíno é necessariamente um Estado “amigo” e não detrator dos direitos fundamentais, já que comprometido justamente com a proteção dos direitos fundamentais de todas as pessoas, de modo a prever mecanismos eficientes para que tais violações (inclusive e - importa frisar – não exclusivamente do poder público) sejam, senão completamente evitadas (o que é impossível), pelo menos eficientemente coibidas e reparadas, assume-se hoje como sedimentada a posição de acordo com a qual tanto o Estado como os particulares (pessoas físicas e jurídicas) encontram-se, de alguma forma, vinculados aos direitos fundamentais”. *Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*, Daniel Sarmento, Flávio Galdino (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 579. A similar conclusão chega Daniel SARMENTO: “O reconhecimento de que o Estado tem o dever de proteger os particulares de lesões não apresenta nenhuma incompatibilidade ou contradição com a ideia da incidência direta dos mesmos direitos na esfera privada. Muito pelo contrário, ambas as concepções reforçam-se mutuamente, e podem ser reconduzidas a um denominador comum, que é a visão realista de que, no mundo contemporâneo, os atores privados, sobretudo quando investidos em maior poder social, representam um perigo tão grande ou até maior que o próprio Estado para o gozo dos direitos fundamentais dos mais fracos”. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: uma*

A jurisprudência dos tribunais brasileiros vem se consolidando, gradativamente, no sentido da afirmação de tal coordenação, ao preconizar a existência de *deveres de proteção* dos direitos e garantias fundamentais, impostos tanto ao Poder Público como ao Poder Judiciário, assim como aos particulares, que devem tomar em conta referidos deveres nas relações privadas.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal brasileiro já teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema, por ocasião do julgamento de recurso extraordinário pelo qual se examinou a exclusão de sócio de entidade privada sem a oportunização do exercício da ampla defesa e do contraditório. Em tal ocasião, proclamou a Suprema Corte nacional, expressamente, a vinculação não apenas do Estado, mas também dos particulares no âmbito das relações privadas, aos direitos e às garantias fundamentais, tal como a derivada da cláusula do *due process of law*.²²⁸

reconstrução teórica à luz do princípio democrático. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Luís Roberto Barroso (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 255.

²²⁸ Trata-se de julgamento da segunda turma do STF (datado de 11/10/2005, publicado no DJ em 27/10/2006, p. 064 e na RTJ, vol. 0209-02, p. 821), no âmbito do Recurso Extraordinário n.º 201819, de relatoria originária da Ministra Ellen Gracie e de relatoria para para o acórdão do Ministro Gilmar Mendes. Pela relevância do julgamento para o desenvolvimento da presente tese, transcreve-se adiante sua ementa: "SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o

A partir de tal precedente, percebe-se claramente a dispersão da tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, tanto por parte do Supremo Tribunal Federal²²⁹ como do Superior Tribunal de Justiça,²³⁰ envolvendo os mais diferentes temas considerados essenciais, tais como a isonomia, o devido processo legal e a saúde, indispensáveis à proteção da dignidade da pessoa humana.²³¹

recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.”

²²⁹ STF, AC 2695 MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25/11/2010, DJe-231, div. 30/11/2010, pub. 01/12/2010. Nesse julgamento, a análise recaiu sobre a razoabilidade do pedido de direito de resposta como forma de desagravo contra publicação abusiva veiculada pela imprensa, como destacamos: “Cabe lembrar, neste ponto, que a oponibilidade do direito de resposta a particulares sugere reflexão em torno da inteira submissão das relações privadas aos direitos fundamentais, o que permite estender, com força vinculante, ao plano das relações de direito privado, a cláusula de proteção das liberdades e garantias constitucionais, pondo em destaque o tema da eficácia horizontal dos direitos básicos e essenciais assegurados pela Constituição da República”.

²³⁰ STJ, AREsp 065303, rel. Min. Raul Araújo, DJ 10/11/2011. Da decisão, destacamos: “Assim, considerando que princípio implícito da razoabilidade e o princípio da igualdade são princípios constitucionais inseridos no rol dos direitos fundamentais, e considerando que referidos direitos (fundamentais) são de observância obrigatória não só nas relações entre Poder Público e particulares, mas também entre estes últimos, estando direcionados, portanto, à proteção dos particulares em face dos poderes privados, o que caracteriza a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, não se justifica a pretensão reconvencional do apelado, sendo de rigor o acolhimento da inicial, no sentido da manutenção dos aparelhos de ar condicionado em sua unidade”.

²³¹ Destacamos as seguintes decisões do TJ/RJ: AC 0155908-04.2007.8.19.0001, 3.ª Câmara Cível, rel. Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho: “Direito dos associados à integração que tem como fundamento a paridade com os servidores da ativa, corolário do princípio constitucional da isonomia, que também se aplica às relações privadas. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Previdência complementar que tem como princípio a preservação do bem-estar e condição social dos associados, o que passa pela preservação da paridade, que não encontra óbice legal ou constitucional. Mutualismo resguardado pela sentença, que determinou aos autores contribuição com prestação equivalente ao benefício auferido com a demanda (...). AC 0003254-31.2009.8.19.0011, 9ª Câmara Cível, rel. Des. Rogério de Oliveira Souza, j. 04/07/2011: “APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO NÃO RECONHECIDO. DESCONTO INDEVIDO NA CONTA DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. CONSUMIDORA PENSIONISTA DO INSS. SUPRESSÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL À SUA SOBREVIVÊNCIA FÍSICA E MATERIAL. DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. EFICÁCIA HORIZONTAL. DANO MORAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Conduta abusiva do fornecedor de serviços de crédito consistente na apropriação indevida de valores de conta de benefício do INSS. Inexistência de relação creditícia entre a instituição de crédito e a pensionista. Dever de indenizar. Dano moral presumido (in re ipsa), decorrente da própria violação ao direito subjetivo da parte, dispensando qualquer comprovação efetiva do dano. Conduta ilícita e imoral que suprime de pessoa idosa, carente de toda a espécie de recursos inerentes à manutenção da dignidade da pessoa humana, seus parcos proventos, imprescindíveis à sua sobrevivência física e material. Conhecimento do recurso para negar-lhe seguimento, na forma do caput do artigo 557 do CPC”. AC 0070402-60.2007.8.19.0001, 4ª Câmara Cível, rel. Des. Marcelo Lima Buhatem, j. 01/03/2011: “Termo de Ocorrência de Irregularidade. A produção de prova unilateral malfeire as garantias constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Impossibilidade de sobreposição das normas administrativas, redigidas pela ANEEL (Agência

A adoção dessa orientação, que acaba por consagrar definitivamente a chamada “constitucionalização do Direito Privado”, implica profundas consequências não apenas na interpretação e aplicação do Direito por parte dos tribunais, mas também, e antes disso, a necessidade de uma profunda reformulação no modo de ser das relações privadas, na medida em que os valores liberais relativos à liberdade de contratação, à livre iniciativa e ao direito de propriedade, passam a ser pautados pelo critério da *funcionalização* do Direito.

Isso se deve, notoriamente, à relativização da dicotomia Direito público *versus* Direito privado, decorrente das próprias dificuldades conceituais históricas do que pudesse vir a ser designado como *interesse público* ou *interesse privado*, que torna extremamente delicada a tarefa de se apontar interesses particulares absolutamente desatrelados de qualquer inter relação com o coletivo ou o social.²³²

Vale dizer, muito embora referidos valores liberais inegavelmente tenham constituído conquistas históricas imprescindíveis do cidadão para a consagração da liberdade contra a opressão do Estado, para que continuem a ser exercitados legitimamente na sociedade da pós-modernidade, devem estar sintonizados com os valores fundantes da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.²³³

Reguladora) à lei. Não é lícito, *in casu*, permitir o corte do fornecimento de energia elétrica sem que seja efetivamente comprovada a fraude.⁵ Dano moral. Indevidas as cobranças efetivadas pela concessionária de serviço público em decorrência da lavratura de TOI, não sendo lícita a conduta da ré em efetivar o corte da energia elétrica na unidade consumidora do autor, configurando-se esta prática dano moral indenizável, tendo em vista a essencialidade do respectivo serviço, imprescindível para a fruição de uma vida digna”.

²³² Por tal motivo, conforme Pietro PERLINGIERI, “Técnicas e institutos nascidos no campo do direito privado tradicional são utilizados naquele do direito público e vice-versa, de maneira que a distinção, neste contexto, não é mais qualitativa, mas quantitativa. Existem institutos em que é predominante o interesse dos indivíduos, mas é, também, sempre presente o interesse dito da coletividade e público; e institutos em que, ao contrário, prevalece, em termos quantitativos, o interesse da coletividade, que é sempre funcionalizado, na sua íntima essência, à realização de interesses individuais e existenciais dos cidadãos”. *Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 54.

²³³ Precisas, neste campo, as palavras de Carlos Roberto Siqueira CASTRO, ao preconizar o reconhecimento de uma “função social dos direitos revestidos de fundamentalidade para o gênero humano”: “A despeito das falácias históricas do humanismo liberal, o iluminismo oitocentista legou ao ocidente uma premissa universal que, se bem perquerida e desenvolvida, muitíssimo poderá servir à concepção de solidariedade social que subjaz ao constitucionalismo deste fim de século, como seja a visão de que o homem, pelo mero fato de o ser, possui uma nomenclatura de direitos que tanto o Estado quanto a sociedade devem respeitar como codição do progresso individual e coletivo (...). Só que o homem cuja dignidade impende garantir não é um ser isolado, muito menos um ser que ostenta condições socioeconômicas em regime de igualdade perante aos conterrâneos de melhor sorte e fortuna, mas que vive e padece as aflições da necessidade, da orfandade social e da contextualização geopolítica defavorável. É, pois, com relação ao grupo social como um todo, abrangendo a sociedade, o Estado e as comunidades de Estados, que o indivíduo e as multidões de indivíduos reivindicam ascesão aos patamares da dignidade humana, na convicção de que a consagração secular dos direitos fundamentais não busca somente a salvaguarda atomizada da individualidade de um ser determinado, mas por certo da individualidade de todos os seres coletivamente inseridos na

2.2.1 A responsabilidade civil preventiva e a tutela adequada dos Direitos de Personalidade

Os direitos da personalidade²³⁴ representam uma específica categoria de direitos fundamentais que dizem respeito aos valores essenciais da pessoa humana.²³⁵

Assim sendo, pode-se dizer que todos os direitos da personalidade devem ser considerados fundamentais,²³⁶ mas nem todos os direitos considerados fundamentais são direitos da personalidade.²³⁷

sociedade, responsáveis que são, de per si e em conjunto, pelo destino comunitário”. Extensão dos Direitos e deveres fundamentais às relações privadas. *Direitos humanos: desafios humanitários contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos Refugiados (Lei n. 9474 de 22 de julho de 1997)*. João Carlos de Carvalho Rocha, Tarcísio Humberto Parreiras Henriques Filho, Ubiratan Cazetta (coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 140.

²³⁴ De acordo com Luís A. Carvalho FERNANDES, “A categoria dos direitos da personalidade é de formação relativamente recente e, embora tenha sido objeto de largos estudos nos últimos tempos, constitui ainda hoje matéria muito polêmica quanto ao seu conceito, quanto à sua natureza, quanto ao seu âmbito e até quanto as questões mais singelas como a sua própria designação. Vários autores têm proposto outras designações, como direitos à personalidade, direitos essenciais ou fundamentais, direitos sobre a própria pessoa, direitos individuais e direitos personalíssimos; contudo, a designação que se mostra com maior aceitação é a de direitos de personalidade ou da personalidade”. *Teoria Geral do Direito Civil*. Vol. 1, 2ª ed. Lisboa: Lex, 1995, p. 187. Os direitos da personalidade são direitos inatos “cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um outro plano do direito positivo (a nível constitucional ou a nível de legislação ordinário), dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte: contra o arbítrio do Poder Público ou às incursões de particulares (no primeiro, como liberdades públicas; no segundo, como direitos da personalidade)”. BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999. Acerca das liberdades públicas consultar: TOBEÑAS, José Castán. *Los Derechos de la Personalidad*. Madrid: Instituto Réus, 1952, p. 15; PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, tomo VII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1981, p. 5 e segs.; CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Morais Editora, 1961, p. 17 e segs.; FERNANDES, Milton. *Os direitos da personalidade*. Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 131; CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 106 e; SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 56 e segs.

²³⁵ De acordo com Rabindranath Valentino Aleixo CAPELO DE SOUZA, O conceito de personalidade pode ser definido a partir dos valores essenciais que constituem o ser humano em sua esfera física, psíquica e moral, também denominado personalidade propriamente dita. E, ainda, como personalidade jurídica, isto é, como atributo da pessoa humana, a partir da concepção de sujeito de direito, como titular de direitos e deveres. Os dois conceitos estão diretamente relacionados. E, continua, o referido autor, “Na verdade, foi através de sanções penais que os elementos constitutivos e as manifestações da personalidade humana começaram por ser jurídico-estatalmente tutelados e, presentemente, ainda, a tipologia penal continua a ser uma das formas de tutela de específicos bens de personalidade mais significativos socialmente, quando lesados mais gravemente”. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 98 e 106-107.

²³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 529-532. AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 255-256.

²³⁷ O concreto estabelecimento de quais dentre os interesses ou direitos mereceriam ser reconhecidos como “fundamentais” sempre foi tema dos mais difíceis. Conforme assinala

O inescandível objetivo da categoria dos direitos da personalidade diz respeito à proteção dos valores essenciais relativos às pessoas, compreendendo o seu aspecto físico, intelectual e moral.²³⁸

A valorização da pessoa humana e a sua adequada e integral proteção jurídica passaram a ser tarefas consideradas absolutamente prioritárias pelo Estado Social, sobretudo em decorrência dos naturais e cada vez maiores riscos diante da proliferação e da complexidade das novas modalidades de danos que se desenvolvem em ritmo frenético.²³⁹

Os danos à pessoa²⁴⁰, considerados como de natureza extrapatrimonial,²⁴¹ atingem a sua própria essência, acarretando, assim, certos tipos de lesões

CANOTILHO, “Os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, direitos fundamentais formalmente constitucionais, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional). A Constituição admite, porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis ao direito internacional. Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados direitos materialmente fundamentais. Por outro lado, trata-se de uma «norma de *fattispecie* aberta», de forma a abranger, para além das positivações concretas, todas as possibilidades de «direitos» que se propõem no horizonte da acção humana. Daí que os autores se refiram também aqui ao *princípio da não identificação* ou da *cláusula aberta*”. (...) Problema é o de saber como distinguir, dentre os direitos sem assento constitucional, aqueles com dignidade suficiente para serem considerados *fundamentais*. A orientação tendencial de princípio é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objecto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente constitucionais”, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1992, p. 539.

²³⁸ Rubens Limongi FRANÇA propõe uma classificação tripartida para os direitos da personalidade, à qual de certo modo todos os danos à pessoa estariam ligados: direito à integridade física, intelectual e moral. *Manual de Direito Civil*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 411. Desse modo, os danos físicos ou corporais seriam aqueles em que há violação à integridade corporal, ou seja, “aos componentes materiais da estrutura humana, como o corpo, os órgãos, os membros e a imagem corpórea”. Os danos psíquicos seriam aqueles que ofendem a integridade psíquica, isto é, “os atributos do intelecto e do sentimento que constituem os elementos intrínsecos, ou íntimos, da personalidade”. Por último, o dano moral seria aquele que “atenta contra o conceito que a coletividade tem da pessoa, isto é, que viola elementos valorativos (ou virtudes) da pessoa, como ser social.” NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 559. Consultar, ainda, CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. Adriano Vera Jardim e António Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 26. Na síntese de BITTAR, os direitos de personalidade “são direitos essenciais da pessoa, que constituem componentes indissociáveis de sua personalidade”, BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999.

²³⁹ ALPA, Guido e BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 23 e segs.

²⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 789, jul. 2001, p. 27-28. Acerca do desenvolvimento das pretensões indenizatórias para a categoria de danos à pessoa consultar, COMANDÉ, Giovanni. *Risarcimento del danno alla persona a alternative istituzionali*. Torino: Giappichelli, 1999, p. 4 e segs.

²⁴¹ Afirma Sérgio SEVERO, “Porém, deve-se ressaltar que a importância dos direitos da personalidade muitas vezes conduziu a equívocos, não só no sentido de considerá-los um *tertium genus*, como também no de reduzir os danos extrapatrimoniais, às lesões dos direitos da personalidade. Nem uma nem outra assertiva é verdadeira. A proteção civil dos direitos da personalidade encontra-se inserida na esfera dos danos extrapatrimoniais, é uma de suas espécies; não é, portanto, um gênero autônomo, nem, muito menos, a síntese dos interesses não econômicos

consideradas absolutamente irreversíveis na medida em que afetam bens jurídicos não mensuráveis economicamente.²⁴² Tal constatação coloca em evidente xeque o princípio da plena reparabilidade dos danos, prevista pela ordem constitucional (art. 5º, inciso V).

A Itália foi pioneira em sistematizar os direitos de personalidade no seu Codice Civile (arts. 5 a 10, Livro I, Título I). Não obstante ter sido o primeiro país a desenvolver a expressão “danos à pessoa”, assim como “dano biológico”, “dano à saúde” e “dano existencial”²⁴³, tal avanço se deu em razão da necessidade de superar a “norma de clausura” prevista no art. 2059 do referido Codice,²⁴⁴ segundo a qual a responsabilidade não patrimonial é admitida “somente nos casos determinados pela lei”, permitindo-se, assim, a reparação somente quando o dano seja consequência de um fato que tipifique um crime, conforme o art. 185²⁴⁵ do

juridicamente protegidos.” SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 47. No mesmo sentido, afirma Judith MARTINS-COSTA: “Entendo efetivamente que, sendo mais ampla, a expressão ‘danos extrapatrimoniais’ inclui, como subespécie, os danos à pessoa ou à personalidade, constituído pelos danos morais em sentido próprio (isto é, os que atingem a honra e a reputação), os danos à imagem, projeção social da personalidade, os danos à saúde ou danos à integridade psicofísica, inclusos os ‘danos ao projeto de vida’, e ao ‘livre desenvolvimento da personalidade’, os danos à vida de relação inclusive o ‘prejuízo de afeição’, e os danos estéticos. Inclui, ainda, outros danos que não atingem o patrimônio nem a personalidade, como certos tipos de danos ambientais.” Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 789, jul. 2001 p. 34.

²⁴² Anota Judith MARTINS-COSTA que “A idéia de dano está no centro do instituto da responsabilidade civil, ligando-se muito proximamente ao valor que historicamente é dado à pessoa e às suas relações com os demais bens da vida. Se o mais relevante for a relação entre pessoa e os seus bens patrimoniais, economicamente avaliáveis, cresce em importância a responsabilidade patrimonial, na qual a pessoa é vista tão-só como sujeito titular de um patrimônio que, tendo sido lesado por outrem, deve ser recomposto. Se, ao contrário, em primeiro plano está a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser a pessoa – isto é, a pessoa em sua irredutível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e por isso mesmo titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente –, passa o Direito a construir princípio e regras que visam tutelar essa dimensão existencial, surgindo, assim, a responsabilidade extrapatrimonial”. Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 789, jul. 2001, p. 21.

²⁴³ Sobre o dano ressarcível no direito italiano, consultar SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 102-110.

²⁴⁴ “Art. 2059. Danni non patrimoniali. Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge”. Tradução livre: “Danos não-patrimoniais. O dano não patrimonial deve ser ressarcido apenas nos casos determinados pela lei”. Cite-se, ainda a regra do “Art. 2043. Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che há commesso il fatto a risarcire il danno”. Tradução livre: “Ressarcimento por ato ilícito – Qualquer ato doloso ou culposo, que causa a outros um dano injusto, obriga quem o cometeu a ressarcir o dano”.

²⁴⁵ “Art. 185. Restituizioni e risarcimento del danno – Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili”. Tradução livre: “Restituição e ressarcimento do dano – Cada ofensa obrigação a restituição, de acordo com a lei civil”.

Código Penal italiano.²⁴⁶

No Ordenamento brasileiro, ao contrário do sistema italiano, os direitos da personalidade recebem proteção constitucional²⁴⁷ e infraconstitucional,²⁴⁸ permitindo-se uma ampla tutela diante da verificação de novas formas de danos à pessoa.²⁴⁹ Como refere PERLINGIERI, “A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela.”²⁵⁰

Com efeito, a própria modificação do conceito de dano, já acentuada antes, faz concluir que a reparação não se limita apenas às hipóteses de violação a um

²⁴⁶ É importante destacar que gradativamente os Tribunais italianos passaram a desvincular determinados danos às pessoas do ilícito penal e a desenvolver a categoria dos “danos existenciais”, respaldados nos artigos 2043 e 2059 do Código Civil. Sobre o tema, consultar: CASANO, Giuseppe. *La giurisprudenza del danno esistenziale*. Piacenza: La Tribuna, 2000, p. 50; ZIVIZ, Patrizia; CENDON, Paolo. *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 10. CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. El daño a la persona. Sirve al Derecho Argentino la creación pretoriana de la jurisprudencia italiana? *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1995, p. 71-72.

²⁴⁷ Podemos citar algumas cláusulas gerais que regulam a responsabilidade civil em nosso ordenamento: art. 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana) e art. 5º, inciso V (direito de resposta), inciso X (o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas), inciso XXVII (o direito de autor), da Constituição Federal.

²⁴⁸ Destacam-se os artigos 11 a 21 do Código Civil, art. 6º, incisos VI e VII da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), Lei n.º 9.610/1998 – proteção à propriedade intelectual, dentre outros.

²⁴⁹ Nesse sentido, expressivas são as conclusões de Gustavo TEPEDINO: “Como já se teve ocasião de sublinhar, mostra-se insuficiente qualquer construção doutrinária que, tipificando vários direitos da personalidade ou cogitando de um único direito geral da personalidade, acaba por limitar a proteção da pessoa à atribuição de poder para salvaguarda meramente *ressarcitória*, seguindo a lógica dos direitos patrimoniais. Critica-se, nesta direção, a elaboração corrente, que concebe a proteção da personalidade aos moldes (ou sob o paradigma) do direito de propriedade. Tal perspectiva, porém, não se confunde com a construção de um único direito geral de personalidade, significando, ao contrário, o ocaso da concepção de proteção da pessoa humana associada exclusivamente à atribuição de titularidades e à possibilidade de obtenção de ressarcimento. (...) Cabe ao intérprete ler o novelo de direitos introduzidos pelos arts. 11 a 23 do Código Civil à luz da tutela constitucional emancipatória, na certeza de que tais diretrizes hermenêuticas, longe de apenas estabelecerem parâmetros para o legislador ordinário e para os poderes públicos, protegendo o indivíduo contra a ação do Estado, alcançam também a atividade econômica privada, informando as relações contratuais. Não há negócio jurídico ou espaço de liberdade privada que não tenha seu conteúdo redesenhado pelo texto constitucional.” *Cidadania e os direitos de personalidade. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe - ESMESE*, n.º 03. 2003, p. 26-28.

²⁵⁰ Acrescenta ainda referido autor que “Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações”. PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 155-156.

direito subjetivo da vítima²⁵¹, dizendo respeito, em verdade, à lesão *sine iure* de um direito, ou de um interesse merecedor de proteção.²⁵² Como afirma TEPEDINO, “a personalidade humana deve ser considerada antes de tudo como um valor jurídico, insuscetível, pois, de redução a uma situação jurídica-tipo ou a um elenco de direitos subjetivos típicos, de modo a se proteger eficaz e efetivamente as múltiplas e renovadas situações em que a pessoa venha a se encontrar, envolta em suas próprias e variadas circunstâncias.”²⁵³

Para a adequada proteção dos direitos inerentes à personalidade, a única forma de tutela imaginável é a preventiva, a ser operacionalizada por instrumentos inibitórios aptos a evitar a violação de referidos direitos e, por conseguinte, a produção de danos que se revelam, nessa hipótese, indenizáveis.

Nesse sentido, de acordo com PERLINGIERI,

A personalidade tem relevância positiva nem tanto no momento processual – isto é, nos remédios aos quais recorrer para a cessação da atividade lesiva, para a reintegração de forma específica, para a averiguação, para o ressarcimento –, quanto na avaliação substancial do interesse merecedor de

²⁵¹ “A limitação da ressarcibilidade dos danos à violação de um direito subjetivo ou a qualquer outra situação jurídica subjetiva previamente especificada em lei mostra-se absolutamente incompatível com a realidade jurídica contemporânea”. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p.116. De acordo com João de Matos Antunes VARELA, “O Código Civil fala, é certo, nos direitos de personalidade, entre os quais destaca o direito ao nome, à imagem e à reserva sobre a intimidade da vida privada, mas apenas para referir alguns dos aspectos da tutela de que gozam certos valores ligados à personalidade (...). Mas não é a simples designação da lei, mesmo que se trate de textos constitucionais, que nos garante tratar-se de verdadeiros direitos subjetivos. (...) Além de se não tratar de interesses disponíveis, como os que constituem a substância do comum dos direitos subjetivos, à violação dos valores ligados à personalidade corresponde em regra uma tutela de direito público – que, no todo ou em grande parte, transcende a vontade do indivíduo, titular do interesse imediatamente lesado, para, como diz Larenz, (II, 12 ed., § 72 I), se situar no plano superior da dignidade e da inviolabilidade da pessoa humana.” *Das obrigações em geral*, v. I. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 552-553.

²⁵² “El daño reparable no es más aquél producido ilícitamente al violarse un derecho subjetivo de lá víctima, sino, más bien, la lesión sine iure de un derecho, o de un interes merecedor de protección. Esta injusticia ‘surge de la percepción de los intereses lesionados y rescata como merecedores de tutela todos aquéllos que la sociedad y los valores comúnmente aceptados muestran como dignos y respetables, aunque no tengan cabida expresa en las normas. En principio, todo daño es injusto salvo que resulte justificado porque el ordenamiento jurídico haya considerado merecedor de tutela el interes del lesionado”. Tradução livre: “O dano reparável não é mais aquele produzido ilícitamente ao violar-se um direito subjetivo da vítima, mas sim, a lesão ‘sine iure’ de um direito, ou de um interesse merecedor de proteção. Esta injustiça surge da percepção dos interesses lesionados e resgata como merecedores de tutela todos aqueles que a sociedade e os valores comumente aceitos mostram como dignos e respeitáveis, embora não tenham previsão expressa nas normas. Em princípio, todo dano é injusto salvo que resulte justificado porque o ordenamento jurídico seja considerado merecedor de tutela do interesse do lesante”. SEGUÍ, Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. *Revista de Direito do Consumidor*, n.52, out.-dez., 2004, p. 281.

²⁵³ TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os direitos de personalidade. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe - ESMESE*, n° 03. 2003, p. 26-28.

concretização, destinado a modificar, a partir do interior, a maior parte dos institutos jurídicos, mudando a sua função. A exigência do respeito da personalidade, de seu livre desenvolvimento, incide sobre a noção de ordem pública, sobre os limites e sobre a função da autonomia negocial, sobre a interpretação dos atos através dos quais se manifesta – na individuação das fronteiras do ilícito e de seu fundamento, sobre as configurações não apenas das relações familiares, mas também daquelas patrimoniais, sobre a concepção e a tutela da relação de trabalho, sobre o juízo de valor do associativismo e de seus possíveis escopos; incide, em suma, sobre toda a organização da vida em «comunidade».²⁵⁴

Daí a enorme relevância da refundamentação da responsabilidade civil com base na prevenção, atendendo ao objetivo maior de tutela da integridade dos direitos da personalidade.

De fato, a responsabilidade civil preventiva, conforme será demonstrado adiante, pode constituir instrumento apto a viabilizar proteção especial contra a prática de atos que desrespeitem a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem dos cidadãos, constituindo-se, só assim, instrumento apropriado para tornar efetiva a garantia da *inviolabilidade* constitucionalmente assegurada (art. 5º, caput, e inciso X).

Se se trata de proteção contra a inviolabilidade dos direitos, nenhuma outra tutela se revela apropriada senão a preventiva, conforme observa CALVÃO DA SILVA:

Na tutela jurídica dos direitos de personalidade, a que se contrapõe um dever geral de abstenção ou obrigação geral de respeito, é de grande relevo a cominação feita a quem ameaça violar o direito para que se abstenha de consumir a ameaça, como o é a intimação feita a quem já ofendeu o direito para que cesse a ofensa. E porque os direitos de personalidade são direitos pessoais, de conteúdo e função não patrimonial, a sua adequada e eficaz tutela passa pela prevenção do acto ilícito lesivo e não pela repressão e remedeio da violação.²⁵⁵

Para tanto, a proteção preventiva ora preconizada não pode ficar relegada ao processo e à tutela jurisdicional, sendo imprescindível que o próprio ordenamento substancial passe a se coadunar com um tal objetivo inibitório, como adiante destacado.

²⁵⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 768-769.

²⁵⁵ SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 466.

2.2.2 A responsabilidade civil preventiva e a tutela adequada dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos

A Constituição Federal brasileira consagrou e garantiu proteção adequada a uma série de direitos fundamentais²⁵⁶, individuais e sociais,²⁵⁷ relacionados à vida, à saúde²⁵⁸, ao bem-estar social, à liberdade de expressão e de informação, englobando, além do direito de acesso à justiça²⁵⁹, o direito a uma administração pública proba e eficiente,²⁶⁰ o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado²⁶¹, o direito a ser respeitado como consumidor²⁶² e o direito a uma relação de trabalho justa e humanitária,²⁶³ dentre outros.

A proteção dos direitos ou interesses fundamentais no Brasil, conforme constitucional e infraconstitucionalmente estabelecida, deve ser compreendida como necessariamente abrangente de todas as suas possíveis dimensões, individuais e

²⁵⁶ Ressalta-se que o legislador constituinte não pretendeu elencar os direitos fundamentais de forma taxativa no art. 5º da Constituição Federal, muito embora referido dispositivo reconhecidamente seja a grande cláusula protetiva fundamental do texto.

²⁵⁷ Por via da Emenda Constitucional n.º 64/2010, deu-se nova redação ao art. 6º do texto constitucional, que assim passou a garantir os chamados direitos sociais: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

²⁵⁸ MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde: arts. 83 e 84, CDC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 218 e segs.

²⁵⁹ Sintetizada pela previsão constitucional no art. 5º, XXXV, da CF, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

²⁶⁰ O controle da probidade administrativa tem previsão constitucional, seja pela via da ação popular (art. 5º, LXXIII: “Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”), seja por via da ação de improbidade administrativa (art. 37, § 4º: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”). Já o art. 37, “caput”, estatui que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”.

²⁶¹ BENJAMIN, Antonio H. V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Doutrinas essenciais – Responsabilidade civil*, v. VII. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 453 e segs. MILARÉ, ÉDIS. *Curadoria do Meio-Ambiente*. São Paulo: APMP, 1988, p. 17. ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidade por Daños: Responsabilidad Colectiva*. Santa Fé: Rubinza-Culzoni, 1992, p. 139. PASQUALOTTO, Adalberto. Responsabilidade civil por dano ambiental: considerações de ordem material e processual. Antonio Herman V. Benjamin (org.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 445.

²⁶² Conforme o art. 5º, XXXII (“o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”) e art. 170, V (“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V – defesa do consumidor”).

²⁶³ Vide a extensa lista de garantias preconizadas pelo texto constitucional em benefício dos trabalhadores, no art. 7º.

transindividuais, voltando-se a tutela jurisdicional à verificação e proteção da ameaça ou da lesão a quaisquer delas.²⁶⁴

O Brasil é hoje mundialmente conhecido e respeitado pelo seu sistema de tutela jurisdicional coletiva, predisposto à proteção de referidos interesses ou direitos *sobre perspectivas ou dimensões difusas, coletivas e individuais homogêneas*. Isso se deve, em muito, aos trabalhos da doutrina processual nacional, fortemente influenciada pelos pioneiros trabalhos europeus sobre o tema da acessibilidade à justiça.²⁶⁵

A preocupação com a proteção desses interesses de aspiração comunitária criou no país, ainda na primeira metade da década de 1980, um ambiente profícuo para a redação de anteprojetos de lei versando sobre a criação de uma genuína

²⁶⁴ Conforme prevê o art. 1º da Lei da ação civil pública (Lei n.º 7.347/85), “regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade civil por danos morais e patrimoniais causados: I – ao meio ambiente; II – ao consumidor; III – a bens e direitos de valor artístico, estético, turístico e paisagístico; IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V – por infração da ordem econômica e da economia popular; VI – à ordem urbanística.” Destaca-se o inciso IV da Lei de Ação Civil Pública que estabelece uma espécie de “cláusula de abertura” do sistema de tutela coletiva, expressamente englobando como possível objeto de proteção por via da ação civil pública “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”, aos quais foram acrescentados, por força da Lei n.º 8.078/90, os chamados “direitos ou interesses individuais homogêneos.

²⁶⁵ Não é desconhecida a íntima e tradicional relação existente entre os processualistas italianos e brasileiros, cujo símbolo máximo talvez seja a influência de Enrico Tulio Liebman na redação do nosso Código de Processo Civil, ainda no início da década de 1970. Naturalmente, assim, os estudos sobre a tutela dos interesses metaindividuais, da lavra de processualistas como CAPPELLETTI, Mauro. *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interesse collettivi o diffusi*, *Le azioni a tutela di interessi collettivi*. Pádua: CEDAM, 1976, VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo – La legittimazione ad agire*, Milão: Giuffrè Editore, 1979, PISANI, Andrea Proto. *Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario*, *Le azioni a tutela di interessi collettivi*. Pádua: CEDAM, 1976 e TARUFFO, Michele. *I limiti soggettivi del giudicato e le class actions*. *Rivista di diritto processuale*, 1969, ecoaram fortemente na doutrina brasileira. Ainda no início da década de 1980 foram publicadas obras que se tornariam clássicas sobre a tutela coletiva, tais como as de MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A ação popular do Direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados ‘interesses difusos’*, *RePro* 28/7-19, São Paulo, RT, outubro-dezembro/1982, Ada Pellegrini GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela dos interesses difusos*, São Paulo, Max Limonad, 1984 e WATANAE, Kazuo. *Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir*. *A tutela dos interesses difusos*, São Paulo, Max Limonad, 1984. Conforme afirma Guido ALPA, “La storia – o meglio, la cronistoria – dell’interesse diffuso è quindi la cronistoria dei tentativi di elaborazione di tecniche processuali per apprestare una difesa e quindi garantirne l’azionabilità; ma è anche la storia di frustranti tentativi di superare l’impronta individualistica assestanata agli interessi e alle azioni. In negativo, si può vedere questa storia come una serie di dinieghi di tutela argomentati sulla impossibilità di superamento – allo Stato – degli schemi processuali individualistici”. ALPA, Guido. *Interessi diffusi*. *Revista de Processo*, n.º 81, ano 21, jan.-mar., 1996, p. 149. Tradução livre: “A história – ou melhor, a ‘cronistoria’ – dos interesses difusos é então a ‘cronistoria’ das tentativas de elaboração das técnicas processuais para apresentar uma defesa e então garantir a executabilidade; mas também é a história das frustrantes tentativas de superar a marca individualista atribuída aos interesses e as ações. Do lado negativo, pode-se ver esta história como uma série de negações de tutela argumentativa pela impossibilidade de superação – ao Estado do esquema processual individualista”.

ação coletiva,²⁶⁶ proponível por entidades públicas e privadas previamente legitimadas para a defesa em juízo de interesses difusos e coletivos, preservada ainda a legitimação de qualquer cidadão para a tutela difusa por via da ação popular, de antiga tradição constitucional.

A entrada em vigor da Lei n.º 7.347/1985 (a chamada Lei da ação civil pública) representou inegável marca no que diz respeito ao sistema processual nacional, até então praticamente restrito a tratar do acesso à justiça de conflitos individuais e a conceber a proteção de interesses difusos (via ação popular) como algo absolutamente excepcional, assim sendo considerada até então a legitimação do cidadão para atuar em nome da sociedade civil.

Subsequentemente, por via da edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), complementou-se o sistema processual de tutela coletiva, passando-se a expressamente conceituar o que seriam e como se daria a proteção jurisdicional dos chamados interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.²⁶⁷

Como afirma VENTURI,

O sistema processual coletivo brasileiro, portanto, permite a tutela judicial tanto dos chamados interesses ou direitos metaindividuais, como dos direitos individuais homogêneos. Os interesses ou direitos metaindividuais são assim considerados aqueles que possuem pertinência social ilimitada (interesses ou direitos difusos) e aqueles pertinentes a indivíduos que integram comunidades identificáveis pela formação de grupos, classes ou categorias (interesses ou direitos coletivos). A transindividualidade, nota comum aos direitos difusos e coletivos, toma em conta a multiplicidade de indivíduos que aspiram à mesma pretensão indivisível. Todavia, na hipótese dos direitos difusos não é possível excluir quem quer que seja da titularidade desta pretensão, em virtude da existência de um *processo absolutamente inclusivo* decorrente de sua *essência extrapatrimonial* (como acima dito, relacionada com a *qualidade de vida*).²⁶⁸

²⁶⁶ O Congresso Nacional acabou encampando uma reformulação do anteprojeto originalmente apresentado (o chamado projeto Bierrenbach), idealizada por Nelson Nery Junior, Edis Milaré e Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz.

²⁶⁷ “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

²⁶⁸ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 53-54.

Para além da proteção dos referidos direitos difusos e coletivos (*tutela de direitos coletivos* em sentido amplo), o processo coletivo ainda pode se prestar à tutela de direitos eminentemente individuais (*tutela coletiva de direitos individuais*). Para tanto, é necessário que entre eles exista uma relação de *homogeneidade* (decorrente de sua origem comum) que os torne conexos e que sua proteção por via do processo coletivo se mostre mais vantajosa e razoável do que pela via dos processos individuais. Esta foi a fórmula imaginada no intuito de se viabilizar, incentivar e aprimorar a proteção jurisdicional de uma série de interesses puramente individuais que, a depender de processos individuais, jamais ou dificilmente chegariam a ser analisados pelo Poder Judiciário.

A análise da exurgência dos interesses ou direitos transindividuais, não apenas no Brasil, mas ao redor de todo o mundo, torna cada vez mais evidente de que forma algumas pretensões, sobretudo ligadas à qualidade de vida, merecem tratamento qualificado em todos os aspectos e níveis da organização social, tendo em vista não apenas a sua absoluta essencialidade, mas, também, os graves riscos a que estão expostas.

Assim, parece evidente que quando se pensa na proteção dos direitos transindividuais, por todas as específicas características que os cercam (sobretudo inerentes à sua natural extrapatrimonialidade, essencialidade e difusão social), não há como deixar de imaginar formas de tutela qualificadas e adequadas, diante das irreparáveis ou dificilmente reparáveis repercussões sociais derivadas da sua violação e lesão.

Não é por outro motivo que as mais relevantes inovações no campo da tradicional responsabilidade civil repressiva, tanto quanto no campo do Direito processual, têm se verificado justamente no campo de regulação dos chamados “novos direitos”, vale dizer, das relações sociais das quais costumam decorrer pretensões difusas, coletivas e individuais homogêneas (tais como as relações ambientais, consumeristas, e as que envolvem a efetivação das chamadas políticas públicas).

Como se pretende demonstrar, da mesma forma como a repressão aos danos ambientais e de consumo passou a contar com renovado instrumental para a facilitação da reparação integral, da mesma forma, e ainda com maior justificativa, é imprescindível que a responsabilidade preventiva também incida, e com prioridade,

precisamente para inibir a prática, a manutenção ou a reiteração da ilicitude e, com isso, de eventuais danos.

Nesse sentido, anota VENTURI:

A reinterpretação da garantia constitucional da inafastabilidade conduz a uma profunda alteração paradigmática, traduzida na efetividade da tutela preventiva e repressiva de quaisquer danos provocados a direitos individuais e meta-individuais, através de todos os instrumentos adequados, suscitando a plena operacionalidade das ações individuais e coletivas. (...) De fato, não satisfaz ao analisado princípio constitucional uma prestação jurisdicional meramente formal, descomprometida com a efetividade das tutelas preventiva e repressiva. Recorde-se que o art. 6º, VI, do CDC estabelece como princípio fundamental da tutela coletiva 'a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos' – do qual se pode extrair a regra da *restitutio in integrum*, pela qual não são admissíveis prévias delimitações quantitativas ou qualitativas da responsabilidade civil.²⁶⁹

Ao se pensar nas desastrosas e indelévels consequências geradas por certos tipos de danos graves e irreversíveis ao meio ambiente ou à saúde individual ou pública, fica fácil concluir que os sistemas de justiça simplesmente não podem sequer admitir o risco da ocorrência de referidas lesões, daí o porquê de preconizar-se uma refundamentação, tanto no campo da tutela jurisdicional, como no campo do direito material – designadamente, no âmbito da responsabilidade civil.

Como adiante será demonstrado, é justamente no contexto da proteção dos direitos difusos que a responsabilidade civil preventiva encontra, certamente não a única, mas a grande justificativa para ser implementada e gradativamente sofisticada, para atender às necessidades globais, presentes e futuras, relacionadas à própria coexistência humana.

2.3 OS SISTEMAS DE REPARAÇÃO ESPECÍFICA E DE REPARAÇÃO GENÉRICA DOS DANOS TRANSINDIVIDUAIS NO BRASIL: A TÉCNICA DA REPARAÇÃO *IN NATURA* E A TÉCNICA DA INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA PELO EQUIVALENTE, EM BENEFÍCIO DE FUNDOS REPARATÓRIOS

Uma vez que não se consiga evitar a violação dos direitos difusos ou coletivos, a solução preconizada pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, sempre que possível, é a reparação *in natura*, mediante a recomposição do bem jurídico violado.

²⁶⁹ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 136-138.

Trata-se de racionalidade evidentemente coerente com a própria ideia de reconstituição dos direitos violados que, não obstante também esteja presente no sistema de tutela dos direitos individuais, apresenta-se especialmente relevante no campo dos direitos transindividuais, dada a comunhão da titularidade e, sobretudo, a indivisibilidade inerente aos interesses em jogo.

No âmbito da tutela jurisdicional, a reparação *in natura* é preconizada tanto em âmbito individual como coletivo, mediante a conjugação de técnicas processuais de natureza mandamental e executiva *lato senso*, autorizadas pelo art. 461 do Código de Processo Civil e pelo art. 84 da Lei n.º 8.078/90, que acabam por implementar deveres de fazer ou de não fazer, pelos quais se pode alcançar o retorno ao *status quo ante* ou o resultado prático equivalente.²⁷⁰

Como parece evidente, todavia, referidas técnicas de tutela reparatória *in natura* não afastam a conjugação da técnica reparatória em pecúnia, devendo se averiguar, sob as luzes do caso concreto, a viabilidade e a prestabilidade de umas e outra.²⁷¹

Segundo o sistema de tutela coletiva brasileira, a reparação pecuniária dos danos produzidos a quaisquer interesses ou direitos de natureza transindividual

²⁷⁰ Conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, “É da essência da ação civil pública gerar tutela específica, inibitória ou repressiva, sendo livre o juiz não só quanto às medidas de apoio para fazer valer a sua decisão, como também na prolação da mesma, impondo o que no direito anglo-saxônico se denomina *specific performance*” (REsp 677.585/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06/12/2005, DJ 13/02/2006, p. 679).

²⁷¹ Nesse exato sentido, ilustre-se com recente decisão do STJ: “AMBIENTAL. DESMATAMENTO. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DA NORMA AMBIENTAL. (...) A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que a necessidade de reparação integral da lesão causada ao meio ambiente permite a cumulação de obrigações de fazer e indenizar. Precedentes da Primeira e Segunda Turmas do STJ. A restauração *in natura* nem sempre é suficiente para reverter ou recompor integralmente, no terreno da responsabilidade civil, o dano ambiental causado, daí não exaurir o universo dos deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum*. A reparação ambiental deve ser feita da forma mais completa possível, de modo que a condenação a recuperar a área lesionada não exclui o dever de indenizar, sobretudo pelo dano que permanece entre a sua ocorrência e o pleno restabelecimento do meio ambiente afetado (= dano interino ou intermediário), bem como pelo dano moral coletivo e pelo dano residual (= degradação ambiental que subsiste, não obstante todos os esforços de restauração). A cumulação de obrigação de fazer, não fazer e pagar não configura *bis in idem*, porquanto a indenização não é para o dano especificamente já reparado, mas para os seus efeitos remanescentes, reflexos ou transitórios, com destaque para a privação temporária da fruição do bem de uso comum do povo, até sua efetiva e completa recomposição, assim como o retorno ao patrimônio público dos benefícios econômicos ilegalmente auferidos (...). REsp 1180078/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 02/12/2010, DJe 28/02/2012.

deve ser destinada para Fundos previstos pela Lei n.º 7.347/85 (Lei da ação civil pública).²⁷²

Em âmbito federal, o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos é administrado por um Conselho Gestor, ao qual compete anualmente definir, mediante seleção de projetos de investimento que lhe são encaminhados por pessoas jurídicas de direito público ou por entidades não governamentais sem fins lucrativos, a aplicação dos recursos destinados à recomposição social das lesões difusas.²⁷³

Assim sendo, basta que a pretensão indenizatória deduzida em uma ação coletiva seja relacionada com a proteção de qualquer interesse ou direito difuso ou coletivo para que eventual condenação pecuniária seja direcionada a integralizar os Fundos Federal e dos Estados.

Exemplificativamente, quando da constatação de uma lesão ao meio ambiente, impassível de ser reparada *in natura*, dada a natureza difusa da pretensão de sua proteção, por meio da ação civil pública têm sido comuns pedidos de condenação dos poluidores ao pagamento de altas somas em prol dos Fundos Reparatórios, não só no intuito da reparação do dano como também a título de imposição de punição preventivo-pedagógica.²⁷⁴

²⁷² Consoante o art. 13 da Lei da ação civil pública, “Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.”

²⁷³ Conforme estabelece o art. 1º, § 1º da Lei n.º 9.008/95, o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos “tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos”, constituindo seus recursos, segundo o § 2º do referido dispositivo, “o produto da arrecadação: I - das condenações judiciais de que tratam os arts. 11 e 13 da Lei n.º 7.347, de 1985; II - das multas e indenizações decorrentes da aplicação da Lei n.º 7.853, de 24 de outubro de 1989, desde que não destinadas à reparação de danos a interesses individuais; III - dos valores destinados à União em virtude da aplicação da multa prevista no art. 57 e seu parágrafo único e do produto da indenização prevista no art. 100, parágrafo único, da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990; IV - das condenações judiciais de que trata o § 2º do art. 2º da Lei n.º 7.913, de 7 de dezembro de 1989; V - das multas referidas no art. 84 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994; VI - dos rendimentos auferidos com a aplicação dos recursos do Fundo; VII - de outras receitas que vierem a ser destinadas ao Fundo; VIII - de doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras. § 3º Os recursos arrecadados pelo FDD serão aplicados na recuperação de bens, na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas mencionadas no § 1º deste artigo.”

²⁷⁴ Nesse sentido, destaque-se o julgamento da 3ª Turma do TRF da 3ª Região, AC 432487/SP, DJ de 29/01/2003, p. 173, rel. Des. Cecília Marcondes: “A prévia degradação do local atingido não afasta a responsabilidade, sob pena de se subtrair por completo a eficácia da norma constitucional de tutela do meio ambiente. Tampouco a pequena proporção da lesão tem esse condão, já que a única diferença relevante que há entre as grandes e as pequenas agressões ao meio ambiente está na quantificação da punição a ser imposta ao causador. A indenização a ser

Da mesma forma, quando da verificação dos chamados danos morais coletivos, igualmente se mostra cabível pedido de condenação pecuniária destinada aos referidos Fundos públicos, como aponta Carlos Alberto BITTAR FILHO:

Dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. (...) Em havendo condenação em dinheiro, deve aplicar-se, indubitavelmente, a técnica do valor de desestímulo, a fim de que se evitem novas violações aos valores coletivos, a exemplo do que se dá em tema de dano moral individual; e outras palavras, o montante da condenação deve ter dupla função: compensatória para a coletividade e punitiva para o ofensor; para tanto, há que se obedecer, na fixação do quantum debeatur, a determinados critérios de razoabilidade elencados pela doutrina (para o dano moral individual mas perfeitamente aplicáveis ao coletivo), como, v.g., a gravidade da lesão, a situação econômica do agente e as circunstâncias do fato.²⁷⁵

A jurisprudência nacional, apesar de inicialmente desabonar a concepção do dano moral coletivo,²⁷⁶ gradativamente vem se consolidando no sentido não apenas da consagração de tal teoria como, também, da necessidade da plena compensação coletiva dos danos morais,²⁷⁷ mediante os tradicionais critérios já estabelecidos pelos Tribunais Superiores, concernentes à ponderação entre as funções

arbitrada deve obedecer ao princípio da razoabilidade, sempre com vistas a desestimular a transgressão das normas ambientais”.

²⁷⁵ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista do Direito do consumidor*, v. 12, p. 55 e 59.

²⁷⁶ Contra a tese do dano moral coletivo, confira-se precedente do STJ: "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO." (REsp 598.281/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 02.05.2006, DJ 01.06.2006).

²⁷⁷ “O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos” (REsp 1057274/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010). No mesmo sentido: “A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente. Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, inquietude social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva (REsp 1221756/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 10/02/2012).

reparatória, punitiva e dissuasória, sem desbordar para o enriquecimento sem causa das vítimas.²⁷⁸

Nesse sentido, deve-se perceber que a destinação dos valores indenizatórios obtidos nas demandas coletivas de tutela de direitos difusos e coletivos para os Fundos Reparatórios, dentre outras vantagens, afasta a mais comum oposição contra a aplicação da função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil, concernente ao possível enriquecimento ilícito das vítimas.

Ora, se o produto das condenações pecuniárias deve reverter aos Fundos Reparatórios, que devem aplicar o dinheiro com o objetivo de alcançar uma compensação difusa, equitativa e solidária, a um só tempo evita-se o argumento do locupletamento pessoal das vítimas e cria-se ambiente propício para uma correta aplicação das sanções civis. De fato, se atualmente o “agravamento da compensação” por danos extrapatrimoniais é justificado pela finalidade punitivo-pedagógica da responsabilidade civil, com muito maior correção e justificativa esse escopo pode ser instrumentalizado pelo redimensionamento das multas civis, autônomas e distintas da indenização, como adiante se sustenta.

Diante dessa realidade, é preciso ao menos discutir em que medida o sistema brasileiro de ações coletivas, sobretudo por conta da previsão dos Fundos Reparatórios, já não estaria viabilizando aos magistrados, quando do julgamento de procedência de pretensões de indenização dos danos transindividuais, a implementação da função punitivo-pedagógica que se espera do Direito da responsabilidade civil, até mesmo por via da fixação de condenações punitivas autônomas que, diversamente das quantias a serem pagas a título de compensação pelos danos causados (princípios da extensão e equivalência), seriam devidas a título de punição exemplar e desincentivo à reiteração de condutas consideradas altamente reprováveis e gravemente lesivas a toda sociedade.

Apesar dos argumentos favoráveis à destinação das multas civis às próprias vítimas (como adiante demonstrado), é inegável que subsiste na cultura jurídica uma severa resistência a essa solução, mormente em função da vedação do

²⁷⁸ Nesse sentido, ilustre-se: “Não existem critérios fixos para a quantificação do dano moral, devendo o órgão julgador ater-se às peculiaridades de cada caso concreto, de modo que a reparação seja estabelecida em montante que desestime o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento sem causa, justificando-se a intervenção deste Tribunal, para alterar o valor fixado, tão-somente nos casos em que o quantum seja ínfimo ou exorbitante, diante do quadro delimitado em primeiro e segundo graus de jurisdição para cada feito” (AgRg no Ag 818.350/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 16/10/2008, DJe 28/10/2008).

enriquecimento sem causa,²⁷⁹ o que cria a necessidade de se encontrar caminhos alternativos, tais como os aparentemente viabilizados pelos Fundos Reparatórios de direitos transindividuais.

Analisando-se o Direito comparado, constata-se a existência de doutrina igualmente favoráveis à implementação da função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil; entretanto, sempre vacilantes diante do dilema representado pela destinação dos valores imputados a título de punição.

A fim de “apaziguar esses inevitáveis escrúpulos”, Suzanne CARVAL sugere que os tribunais determinem uma espécie de doação (*donné acte*) da condenação a título de pena privada a instituições beneficentes, atitude esta que enalteceria o comportamento liberal da vítima e sua intenção de não tirar proveito da sanção infligida.²⁸⁰

Tal solução, aliás, já poderia perfeitamente ser adotada no sistema de justiça brasileiro uma vez que, para além dos já referidos Fundos Reparatórios, o ordenamento jurídico nacional ainda prevê expressamente a hipótese de destinação a estabelecimentos de beneficência de pagamentos indevidos realizados com finalidades ilícitas, imorais ou proibidas por lei.²⁸¹

Não se pode deixar de anotar, assim, de que forma um possível caminho para a implementação da função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil pode ser sustentado no Brasil, de *lege lata*, sem que se perceba o devido debate doutrinário sobre o tema, o que se revela imprescindível para que possa vir a se concretizar no plano jurisdicional.

Com efeito, após demonstrar o profundo comprometimento da jurisprudência dos países de *civil law* com o princípio da vedação do enriquecimento ilícito e, portanto, a aversão à ideia da destinação privada do dinheiro resultante de altas condenações punitivas, Suzanne CARVAL sustenta, de *lege ferenda*, a intervenção

²⁷⁹ Conforme o Código Civil, “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.”

²⁸⁰ CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: L.G.D.J., 1995, p. 38. Tradução livre: “Le prononcé d’un *donné acte* par le tribunal saisi donnerait à l’intention libérale de la victime et à son refus de tirer personnellement profit de la sanction infligée, la publicité qu’ils nous semblent mériter”. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., p. 38.

²⁸¹ Conforme determina o art. 883 do Código Civil, “Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido em lei. Par. único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.”

do legislador francês no sentido de estabelecer a destinação a entidades de utilidade pública ou a fundos:

A única solução consistiria, então, em se prever que somente uma parcela da condenação seja atribuída ao grupo autor, o restante estando afetado a um órgão de utilidade pública. Poderia se tratar, por exemplo, de fundos, tais como aquele cuja adoção havia sido recomendada pelo Projeto de Código do consumidor. Nesta condição, a pena provada poderia encontrar simpatia aos olhos dos juízes mas, observe-se bem que isto não seria concebível sem intervenção legislativa.²⁸²

A ideia da destinação da pena privada a fundos públicos parece ser a solução mais simpática, até mesmo aos olhos da doutrina mais crítica em relação à função punitiva da responsabilidade civil.

De fato, várias vozes se erguem para sustentar a viabilidade de uma espécie de condenação exemplar, ainda que restrita a casos bastante específicos a serem legislativamente estabelecidos. Como propugna MORAES:

É de admitir-se, pois, como exceção, uma figura semelhante à do dano punitivo, em sua função de exemplaridade, quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, à consciência social, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante, ou insultuosa, em relação à consciência coletiva, ou, ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada. Requer-se a manifestação do legislador tanto para delinear as extremas do instituto, quanto para estabelecer as garantias processuais respectivas, necessárias sempre que se trate de juízo de punição. É de aceitar-se, ainda, um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a *ratio* será a função preventivo-precautória, que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido. Nesses casos, porém, o instituto não pode se equiparar ao dano punitivo como hoje é conhecido, porque o valor a maior da indenização, a ser pago “punitivamente”, não deverá ser destinado ao autor da ação, mas, coerentemente com o nosso sistema, e em obediência às previsões da Lei n.º 7.347/85, servirá a beneficiar um número maior de pessoas, através do depósito das condenações em fundos já especificados. Assim é que a mencionada lei, ao regular as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens que especifica, prevê em seu artigo 13: Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho federal ou

²⁸² CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: L.G.D.J., 1995, p. 206. Tradução livre: “La seule solution consisterait, alors, à prévoir qu’une partie seulement de la condamnation soit attribuée au groupement demandeur, le reste étant affecté à un organisme d’utilité publique. Il pourrait s’agir, par exemple, d’un fonds, tel que celui dont le Projet de code de la consommation avait recommandé l’adoption. A cette condition, la peine privée pourrait trouver grâce aux yeux des juges mais l’on voit bien que ceci ne peut se concevoir, là encore, sans intervention législative”.

por Conselhos estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.²⁸³

Em sentido similar, sustentam MARTINS-COSTA e PARGENDLER:

Há exemplo, no ordenamento, de um saudável meio termo entre o intento de tornar exemplar a indenização e a necessidade de serem observados parâmetros mínimos de segurança jurídica, bem se diferenciando entre a “justiça do caso” e a “justiça do Khadi”: trata-se da multa prevista na Lei n.º 7.347/85 para o caso de danos cuja dimensão é transindividual, como os danos ambientais e ao consumidor. Essa multa deve recolhida a um fundo público, servindo para efetivar o princípio da prevenção, que hoje polariza o Direito Ambiental e é, também, diretriz a ser seguida nas relações de consumo. Nesses casos, o valor, a ser pago punitivamente, não vai para o autor da ação, antes beneficiando o universo de lesados e, fundamentalmente, o bem jurídico coletivo que foi prejudicado pela ação do autor do dano. Porém, há similitudes com o que a doutrina anglo-saxã tem de positivo, sancionando pecuniariamente aqueles danos provocados por um apego tão excessivo à pecúnia que faz esquecer os interesses da sociedade. Um fundo, criado por lei, - a gestão pública do fundo e a destinação de seus recursos a uma finalidade coletiva, isto é, transindividual (e não individual, servindo a “indenização” para beneficiar exclusivamente vítima do dano), parece ser o mais adequado caminho – se utilizado de forma complementar às demais vias sancionatórias do ilícito civil – para regradar os danos típicos da sociedade industrial sem que recaíamos – por vezes, por ingenuidade – nas armadilhas da desumanizante “lógica do mercado”.²⁸⁴

Como adiante se destacará, a concepção brasileira dos Fundos Reparatórios de danos transindividuais, ao se fundamentar na distribuição equitativa e solidária dos recursos auferidos por força de uma lesividade social, pode representar uma importante alternativa, de *lege lata*, para a destinação de valores arrecadados não apenas por via da migração das indenizações pecuniárias derivadas de condenações em demandas coletivas, mas também das possíveis sanções pecuniárias aplicáveis no âmbito de demandas individuais que, sendo diversas da indenização, predestinem-se a fazer atuar a função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil.

²⁸³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 263-264.

²⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith. PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitives damages e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*. Brasília, n.28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 24-25.

2.3.1 O instituto da *fluid recovery* (art. 100 do CDC) e o enriquecimento ilícito do demandado

Diante da notória insuficiência e insatisfatoriedade do modelo processual individual para viabilizar a reparação dos danos individuais, foi introduzida no Código de Defesa do Consumidor brasileiro (Lei n.º 8078/90), ao complementar o sistema de tutela jurisdicional coletiva já criado por obra da Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7347/85), a possibilidade da defesa coletiva dos chamados *direitos individuais homogêneos*, conceituados como sendo aqueles “decorrentes de origem comum” (art. 81, parágrafo único, III do CDC).

No âmbito dessa relevante espécie de ação coletiva, foi prevista pelo legislador a possibilidade de o juiz, sob certas condições, em vista do não comparecimento dos indivíduos em juízo para o fim de se habilitar para receber eventual indenização a que teriam direito, estimar um valor especificamente destinado a Fundos de Direitos Difusos, tendo como finalidade justamente a punição do ofensor já condenado na ação coletiva, evitando que retire vantagem indevida do ilícito pelo qual foi responsabilizado, em virtude dos óbices relacionados ao acesso à justiça por parte de vítimas e sucessoras.²⁸⁵

Parece inegável que a grande justificativa para a fixação da chamada *fluid recovery*²⁸⁶ nas ações coletivas brasileiras reside justamente na tentativa de se evitar ou punir o locupletamento ilícito daquele que viola direitos individuais homogêneos.

Trata-se de critério há muito reclamado pela doutrina nacional para balizar a quantificação da condenação em ações de responsabilidade civil, e que agora apresenta-se como fundamento verdadeiramente autônomo para tal objetivo nas demandas coletivas.

Não obstante a disseminada utilização forense da alusão ao instituto do

²⁸⁵ Segundo determina o art. 100 do CDC, “Decorrido o prazo de um ano sem a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o Fundo criado pela Lei nº 7.347/85, de 24 de julho de 1985”.

²⁸⁶ A expressão *fluid recovery* é derivada do sistema norte-americano das *class actions*, de onde foi importada para o sistema de tutela coletiva brasileiro, justamente por via do art. 100 e par. único do Código de Defesa do Consumidor, querendo significar o montante pecuniário que, não buscado individualmente pelas próprias vítimas ou sucessoras, deve ser contabilizado e destinado para finalidades sociais adequadas, relacionadas à recomposição dos danos individuais homogêneos lesados.

enriquecimento ilícito como um dos critérios para a fixação de indenização por danos (sobretudo os extrapatrimoniais), inclusive como motivação para a aplicação de uma forma de punição ao infrator,²⁸⁷ sempre houve um inescandível preconceito em tal manejo, por conta das tradicionais limitações legislativas à quantificação da responsabilidade civil.²⁸⁸

No campo dos danos metaindividuais e individuais homogêneos, em que o enriquecimento ilicitamente experimentado pelo infrator por vezes supera em muito os prejuízos acarretados aos titulares dos direitos lesados, a punição pelo locupletamento sempre foi considerada indispensável quando se pensa em uma tutela jurisdicional efetivamente adequada, tanto em sentido preventivo como repressivo.

Sobre o tema, sustenta VENTURI:

De outro lado, pelo microssistema de tutela dos direitos transindividuais, pretende-se que a *fluid recovery*, muito mais do que se prestar a uma questionável recomposição do dano provocado pelo ato irresponsável do agente condenado, sirva como forma de prevenção geral e especial à reiteração de comportamentos lesivos aos direitos supraindividuais, acarretados, no mais das vezes, em benefício de pessoas ou grupos interessados apenas em aumentar sua margem de lucro. Ressalta-se, nesta hipótese, a atuação incisiva do juiz que deverá, dentro de uma esfera de poderes certamente ampliada, proceder a uma avaliação do *quantum* dos danos provocados pelo condenado, a ser destinado ao Fundo, tarefa para a qual deve lançar mão de sua *defining function*. Assim sendo, respeitadas as posições em contrário, entendemos não se resumir a *fluid recovery* do sistema brasileiro à soma das indenizações individuais não cobradas pelas vítimas ou seus sucessores, possuindo escopo autônomo; há que se mensurar, no âmbito da liquidação coletiva da sentença condenatória genérica, valor estimativo seja do dano metaindividual ocasionado, seja do ganho indevido que obteve o agente responsabilizado pelo decreto condenatório, para ser destinado ao Fundo da LACP.

Tal conclusão coincide com ao menos uma das finalidades das ações de classe, conforme Antônio Herman V. Benjamin, no sentido de ‘funcionar como complemento indireto ao Direito Penal e ao Direito Administrativo, no sentido de desestimular ou deter condutas sociais indesejáveis. O violador potencial,

²⁸⁷ Consulte-se, *v.g.*, os seguintes julgamentos da 2ª Turma do STJ, relatados pela Min. Eliana Calmon: RESP 474786/RS, DJ 07.06.2004, p. 185, RESP 696.850/RO, DJ 19.12.2005, p. 349, RESP 575023/RS, DJ 21.06.2004, p. 204 e RESP 487749/RS, DJ 12.05.2003, p. 298. No mesmo sentido, os julgados da 4ª Turma do STJ, relatados pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: RESP 183508/RJ, DJ de 10.06.2002, p. 212; RESP 389879/MG, DJ 02.09.2002 p. 196 e RESP 173366/SP, DJ 03.05.1999, p. 152.

²⁸⁸ Lembre-se, nesse sentido, que o Código Civil brasileiro enuncia em seu art. 944 que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Apesar de expressamente ser previsto que “aquele que, sem justa causa, se enriquecer ilicitamente à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido” (art. 884), o referido diploma legal acaba por determinar que “não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido” (art. 886).

antes de lançar mão de suas atividades e métodos socialmente nefastos, pensará duas vezes, intimidado que estará com a possibilidade de, por força de uma ação coletiva dessa natureza, vir a perder ou até ultrapassar os ganhos ilícitos que por acaso tenha auferido com sua conduta repreensível.²⁸⁹

A mensuração do enriquecimento ilícito para fins de fixação da *fluid recovery*, para além de constituir apelo doutrinário, acabou sendo incorporada pelo Projeto de Lei n.º 5139/2009, em tramitação na Câmara dos Deputados, e que objetiva a criação de uma espécie de “Código de Processos Coletivos”.²⁹⁰

Segundo a redação proposta para o art. 44 de referido Projeto, as expressões “locupletamento indevido” e “enriquecimento ilícito” são utilizadas seguidamente, no intuito de deixar bem claro que constituiriam fundamentos suficientes e autônomos para a fixação da chamada *fluid recovery* no modelo brasileiro de processos coletivos.

Com efeito, ainda que se considere ter havido, em determinada ação coletiva, a distribuição individual de valores que denotem o ressarcimento integral dos danos morais e materiais a um número de vítimas e sucessores “compatível com a gravidade do dano”, ainda assim seria possível pleitear-se condenação pecuniária apartada, a título de implementação *fluid recovery*, na medida em que se puder demonstrar que, para além dos prejuízos causados, o infrator aproveitou considerável e ilícito enriquecimento com sua conduta reprovável.

Isso porque, ao contrário do que se poderia apressadamente imaginar, no mais das vezes a nominal lesão individualmente causada (o “empobrecimento” da vítimas) não equivale exatamente ao proveito patrimonial auferido pelo agente (o seu enriquecimento), levando-se em consideração todas as variáveis macroeconômicas envolvidas.

Assim pode ocorrer, *v.g.*, no campo das relações de consumo, do mercado de valores mobiliários, das relações trabalhistas, das relações tributárias, enfim, em praticamente todas as hipóteses de danos individuais homogêneos.

²⁸⁹ VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 146.

²⁹⁰ Conforme redação dada ao art. 44 do PL n.º 5139/2009, “Em caso de sentença condenatória genérica de danos sofridos por sujeitos indeterminados, decorrido o prazo de 1 (um) ano contado do trânsito em julgado da sentença coletiva, poderão os legitimados coletivos, em função da não habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano ou do locupletamento indevido do réu, promover a liquidação e o cumprimento da sentença coletiva quanto à indenização pelos danos globalmente sofridos pelos membros do grupo, sem prejuízo do correspondente ao enriquecimento ilícito do réu.”

Ao adotar o duplo critério para a quantificação da *fluid recovery* (reparação integral às vítimas e sucessores e devolução do enriquecimento ilícito), o referido Projeto de Lei n.º 5.139/2009 consagraria legislativamente enorme avanço científico e pragmático, tanto no campo da responsabilidade civil como do enriquecimento ilícito, inclusive sob o ponto de vista da análise econômica do direito, conciliando ao menos duas das finalidades da responsabilidade, referidas pela doutrina norte-americana como “*restoration interest*” e “*disgorgement*”.²⁹¹

Neste sentido, calcular o *quantum* referente ao enriquecimento ilícito e condenar-se o infrator à sua devolução integral na forma de *fluid recovery* destinável aos Fundos Reparatórios implicaria, de certo modo, importante aprimoramento da responsabilidade civil no Brasil, consagrando-se em definitivo a *função* punitivo-pedagógica que deve orientar as decisões judiciais, sobretudo no campo das lesões causadas a direitos ou interesses metaindividuais e individuais homogêneos.

Por fim, destaque-se que a distribuição global (fluída) do proveito patrimonial ilicitamente auferido pelo demandado tem a grande vantagem de afastar, mais uma vez, o corrente argumento de que, ao se computá-lo nas indenizações individualmente devidas às vítimas e sucessoras, estas estariam enriquecendo sem causa.²⁹²

²⁹¹ Conforme Fernando ARAÚJO, “É relativamente recente o interesse da análise econômica pela <restituição>, facto a que não é alheio o incipiente desenvolvimento que a figura teve até agora na ordem jurídica norte-americana. De facto, foi só com o Restatement (Second) of Contracts, de 1981, que se reconheceu a possibilidade de articulação dos princípios da <restituição> contratual com os princípios do enriquecimento sem causa, só então se retirando o corolário da possibilidade de um <disgorgement> capaz de abranger todos os ganhos do inadimplente, não se limitando pois à reposição do <status quo ante>, à tutela do mero <restoration interest> do credor frustrado, a única que tradicionalmente se admitia”. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 825-826.

²⁹² Sobre o assunto, consulte-se Maria Cândida do Amaral KROETZ e Thaís G. Pascoaloto VENTURI. O papel do Superior Tribunal de Justiça na revisão do montante das indenizações por danos extrapatrimoniais e a aplicabilidade da Súmula 07. *Apontamentos críticos para o Direito Civil brasileiro contemporâneo*. CORTIANO JUNIOR, MEIRELLES, FACHIN e NALIN (coords.). Curitiba: Editora Juruá, 2008, p. 73 e segs.

3. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA

*O economista deve se esforçar de ler não somente a realidade econômica, mas a fenomenologia complexa à qual essa realidade pertence; o jurista deve se esforçar de ler não somente as leis, mas também a realidade da qual a economia é parte essencial. Todavia, a relação entre direito e economia não se coloca em termos de relação lógica entre forma e conteúdo. O direito não é somente esquema de qualificação, mas, ao avaliar os comportamentos econômicos, é necessário determinar o seu conteúdo. Não é correto, portanto, exaltar o dualismo forma-conteúdo: direito e economia não são e nem podem ser esferas separadas e contrapostas, mas são realidades estreitamente entrelaçadas que se condicionam reciprocamente.*²⁹³

3.1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: PREMISSAS INTRODUTÓRIAS

A interação entre Direito e Economia não é nova. Afirma-se que, envolvidas pelo Direito natural, as duas ciências sociais sempre interagiram,²⁹⁴ ainda que tal ligação tenha sido negligenciada pelas pretensões autonomizantes do desenvolvimento das duas disciplinas.²⁹⁵

O movimento da *Law and Economics*²⁹⁶ preconiza, basicamente, a utilização da racionalidade da teoria econômica²⁹⁷ como instrumental teórico apto a contribuir

²⁹³ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 108.

²⁹⁴ “A origem comum do direito e da economia remonta à ideia de direito natural desenvolvida pela escolástica medieval e filósofos do direito natural do século XVII”. BATTESINI, Eugênio. *Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. São Paulo: LTr, 2011, p. 27.

²⁹⁵ A moderna economia nasceu como um apelo iluminista à liberdade e à emancipação. Destaca-se nesse período a obra de Adam SMITH (*A Riqueza das Nações*, 1776) pela qual pretendeu demonstrar como as pessoas poderiam se auto-governar, promover os seus interesses sozinhas (chave do liberalismo), como se houvesse uma espécie de “mão invisível” que as coordenasse. Acerca do tema, consultar: ARAÚJO, Fernando. *Adam Smith. O conceito mecanicista de Liberdade*. Coimbra: Almedina, 2001; COASE, Ronald H. Adam Smith's view of man. *The Journal of Law and Economics*. V. 19, 1976, p. 529-546 e; HUTCHISON, Terence. Adam Smith and The Wealth of Nations. *The Journal of Law and Economics*. v. 19, 1976, p. 507-528. Conforme Fernando ARAÚJO, o século XX marca a cisão entre a Economia e o Direito, tendo a ciência econômica avançado de tal forma que acabou por se distanciar da realidade, o que acabou por motivar o surgimento do movimento Institucionalista, que procurou conceituar a economia como a “ciência das instituições, entendidas as instituições, em sentido, amplíssimo como ‘as balizas convencionais que estruturam as interações humanas’”, *Introdução à economia*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 22-26.

²⁹⁶ Sobre as premissas fundamentais do referido movimento, vide: ARAÚJO, Fernando. *Análise Econômica do Direito: programa e guia de estudo*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 13; STIGLER,

para uma melhor compreensão e aprimoramento do Direito, compreendido como ciência política tridimensional.²⁹⁸

A aplicação de fundamentos econômicos ao Direito, assim, corresponde a um verdadeiro imperativo constitutivo da ciência jurídica, construída justamente a partir da interdisciplinaridade, como assinala CÁRCOVA:

Compreender o fenômeno da juridicidade implica dar conta de uma parte da interação humana que, para tornar-se progressivamente mais inteligível, exige ter presente, à maneira de um horizonte de sentido, do resto da interação humana. E, como desse “resto” se ocupam outras disciplinas, como a ética, a sociologia, a antropologia, a economia etc., a teoria jurídica longe de fechar-se em um universo próprio, sem por isso perder sua especificidade, deve recorrer ao caminho da multi e transdisciplinaridade.²⁹⁹

A análise econômica dos institutos jurídicos leva em conta a ideia segundo a qual os indivíduos podem ser estimulados ou desestimulados, por meio das normas

George J. Law or economics. *The Journal of Law and Economics*, v. 35, 1992, p. 455-468; ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel (coord.). *Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005; MERCURO, Nicholas and MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism*. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 3 e segs.

²⁹⁷ “As escolhas de que trata a Economia são aquelas que são ditadas pela escassez de bens e recursos disponíveis para que a satisfação das necessidades possa ser alcançada. (...) A escassez impõe escolhas. (...) O objetivo essencial da ciência econômica é o de encontrar soluções – sistemas, instituições- que permitam a minimização (e o equilíbrio) dessa escassez. (...) É por força da escassez que o problema da justiça no acesso a recursos é tão sério, se não fosse a escassez, todo o debate sobre a justiça seria porventura irrelevante, lúdico, inautêntico. (...) A Economia faz seu tema central o estudo das decisões individuais e coletivas tomadas em ambiente de escassez, colocando especial ênfase no grau de liberdade do agente e na interdependência que se gera entre essas decisões. (...) A economia como ciência da escassez e das escolhas fica espelhada numa lapidar formulação de Lionel Robbins: ‘A Economia é a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos susceptíveis de aplicações alternativas’”. ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 19-21. No mesmo sentido, SCHAFER, Hans-Bernd and OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*. Northampton: Edward Elgar, 2004, p. 3-4.

²⁹⁸ Segundo REALE, “A integração de três elementos na experiência jurídica (o axiológico, o fático e o técnico-formal) revela-nos a precariedade de qualquer compreensão do Direito isoladamente como *fato*, como *valor* ou como *norma*, e, de maneira especial, o equívoco de uma compreensão do Direito como pura forma, suscetível de albergar, com total indiferença, as infinitas e conflitantes possibilidades dos seres humanos”. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 699-700.

²⁹⁹ “Comprender el fenómeno de la juridicidad implica dar cuenta de una parte de la interacción humana que, para tornarse progresivamente más inteligible, exige tener presente, a la manera de un horizonte de sentido, al resto de la interacción humana. Y, como de ese “resto” se ocupan otras disciplinas, como la ética, la sociología, la antropología, la economía, etc., la teoría jurídica lejos de cerrarse en un “universo propio”, sin por ello perder su especificidad, debe recorrer el camino de la multi y transdisciplinariedad.” Tradução livre. CÁRCOVA, Carlos María. *Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho*. Buenos Aires, Febrero, 2000, p. 04.

jurídicas, a praticarem ou omitirem condutas consideradas socialmente desejáveis.³⁰⁰

Assim, tomando como pressuposto as relações de causalidade, a metodologia econômica passa a avaliar o impacto social produzido por uma determinada norma jurídica ou decisão judicial em um contexto geral, mas sem desconsiderar eventos externos que possam influenciar na situação fático-normativa. A partir dessa racionalidade econômica torna-se possível avaliar, sob parâmetros de eficiência, a efetividade de determinada norma ou decisão, com o intuito de orientar políticas legislativas e judiciais.³⁰¹

Contudo, para que se possam extrair todas as virtudes da aplicação da Análise Econômica do Direito no intuito da criação ou refundamentação dos institutos jurídicos (neles incluída a responsabilidade civil), faz-se necessário anotar, previamente, as inevitáveis e naturais limitações de sua perspectiva diante do multifacetário fenômeno jurídico, fundado em primados de justiça muitas vezes incompatíveis com a própria concepção de eficiência.³⁰²

Em primeiro lugar, devem-se considerar as próprias limitações inerentes à ciência econômica, que se pretende meramente *descritiva* dos padrões de comportamento social.³⁰³

Por isso mesmo, as maiores críticas voltadas contra a análise econômica dizem respeito à assunção de premissas que se revelam muitas vezes irreais ou inatingíveis (*unrealistic assumptions*), ao emprego de um modelo estático de verificação do equilíbrio das relações sociais e ao *reducionismo* ao qual

³⁰⁰ ARAÚJO, Fernando. *Análise econômica do direito: programa e guia de estudo*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 22 e segs. SCHAFER, Hans-Bernd and OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*. Northampton: Edward Elgar, 2004, p.14 e segs.

³⁰¹ ARAÚJO, Fernando. *Análise econômica do direito: programa e guia de estudo*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 31-34. SCHAFER, Hans-Bernd and OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*. Northampton: Edward Elgar, 2004, p. 3.

³⁰² De acordo com ITURRASPE, a racionalidade econômica é demonstrada por meio de algumas características, “a) La ‘eficiencia es el factor predominante y decisivo; b) los usos empresarios adquieren fuerza normativa; c) el Derecho Civil se comercializa, al conjuro de la masificación y el consumismo; (...)”. Tradução livre: “a) A eficiência é o fator predominante e decisivo; b) os usos empresários adquirem força normativa; c) o Direito Civil se comercializa, ao encanto da massificação e do consumismo; (...). ITURRASPE, Jorge Mosset. *Cómo contratar en una economía de mercado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005, p.85. Após analisar a aplicação do princípio da eficiência na construção do conceito de justiça, conclui RAWLS que “essas reflexões demonstram apenas o que sempre soubemos, ou seja, que o princípio da eficiência sozinho não pode servir como uma concepção de justiça”. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 75. Ver, ainda, LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 271.

³⁰³ BUCHANAN, James M. Positive Economics, Welfare Economics, and Political Economy. *The Journal of Law and Economics*. V. 2, 1959, p. 124-138.

aparentemente conduz, na medida em que relega a realidade a um pequeno número de parâmetros puramente econômicos.³⁰⁴ Tais críticas (cuja pertinência usualmente é refutada pela doutrina da *Law and Economics*), todavia, não são capazes de obscurecer a relevância da análise econômica para a complementação e o enriquecimento do estudo do Direito.³⁰⁵

Por outro lado, ao Direito não satisfaz uma leitura puramente econômica das relações jurídicas no intuito de orientar o legislador ou o julgador a respeito dos melhores caminhos em busca da maior eficiência³⁰⁶. Isso porque, independentemente dela (e mesmo em desfavor dela), o próprio ordenamento constitucional dos “Estados Sociais” (como o brasileiro) já erige um complexo e amplíssimo sistema de garantias de direitos fundamentais (individuais e metaindividuais), cuja proteção prometida, muitas vezes, revela-se incompatível com os mais óbvios critérios de eficiência econômica.³⁰⁷

Esse antagonismo acima destacado, aliado a um possível superdimensionamento que vitimou a Análise Econômica do Direito nas últimas décadas, acabou por criar um notável preconceito contra o seu emprego, sobretudo em relação àqueles que nela veem uma indevida mecanização da distribuição da justiça ou o triunfo do mercado sobre os direitos fundamentais.³⁰⁸

³⁰⁴ COOTER, Robert. The Confluence of Justice and Efficiency in Economic Analysis of Law. PARISI, Francesco e ROWLEY, Charles (coord.) *The Origins of Law and Economics, Essays by the Founding Fathers*. Edward Elgar Publishing, 2005, p. 222 e segs. Acerca do tema, anota Bruno SALAMA, embasado no pensamento de Robert COOTER: “A versão reducionista – radical, minoritária e pouco proveitosa – sugere que o Direito possa ser reduzido à Economia, e que categorias jurídicas tradicionais (como direitos subjetivos, deveres jurídicos, culpa, negligência, etc.) possam ser substituídas por categorias econômicas. Cooter nota que o argumento a favor da redução do Direito à Economia ‘é similar ao argumento de que, em psicologia, a mente possa ser reduzida ao comportamento’, para concluir, com ironia, que tal argumento ‘é tão ridículo que somente um acadêmico poderia contemplá-lo’.” SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito e Economia – textos escolhidos*. Bruno M. Salama (org.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 18.

³⁰⁵ MATHIS, Klaus. *Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*. Tradução Deborah Shannon. Law and Philosophy Library, vol. 84, New York: Springer, 2009, p. 25-30. Ainda, consulte-se, ARAÚJO, Fernando. *Análise econômica do direito: programa e guia de estudo*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 27-31.

³⁰⁶ STIGLER, George J. Law or economics. *The Journal of Law and Economics*, v.35, 1992, p. 455-468.

³⁰⁷ Diante de um panorama descrito por Ricardo L. LORENZETTI como a “era da desordem”, caracterizada pela abertura do sistema para uma pluralidade de fontes e pelo número crescente de conceitos indeterminados que redundam em uma variedade de critérios de julgamentos, o papel do intérprete passa ser o de “reconstruir o direito do caso mediante um processo de seleção de leis, costumes, ordenanças, normas constitucionais, princípios, valores”. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 359.

³⁰⁸ Tal temor pode ser ilustrado pelo texto de Luiz Edson FACHIN: “A superação daquele legado do positivismo científico teria transitado para a contemporaneidade vincada pela incidência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, pela interpenetração dos espaços público e privado, entre outros elementos que teriam fundado um *locus* diferenciado de compreensão e

A esse respeito, é preciso anotar algumas típicas “distorções hermenêuticas” nas quais usualmente recaem os críticos dessa escola, bem sintetizadas por LORENZETTI, tais como: a) *a interpretação liberal*: “identificar a análise econômica com a interpretação liberal da economia, que sustenta que o direito tem uma importância menor, de facilitação e não regulatória; que a desregulação é necessária a fim de se superar a rigidez, e que só o mercado tem aptidão para atribuir bens e direitos”; b) *a interpretação absurda*: “a ideia de que a análise econômica é sinônima da diminuição dos custos”; c) *a interpretação interessada e a propagandística*: “as simplificações dogmáticas não são boas nem sérias, e descuidam da complexidade que expõe a aplicação de modelos em realidades distintas”; d) *a interpretação messiânica*: “deve-se lograr a justiça e combater o mercado, sem dizer como seria alcançado este propósito. A afirmação de objetivos com despreocupação do estudo dos meios para alcançá-los nos leva a um direito declarativo, sem aplicação real, com grandes prejuízos para os “débeis” do mundo social”.³⁰⁹

Na verdade, a própria doutrina da *Law and Economics* nunca parece ter negado ou incompreendido suas próprias limitações, na medida em que a aplicação da teoria da escolha racional, por ela preconizada, depende de uma complementação a partir da constatação de que “os homens podem atuar com menos previsão do que aquela que o modelo do homem racional considera. É isso justamente o que mostra o modelo de Coase: o vazio de racionalidade do mundo real”.³¹⁰

Vale dizer, partindo-se da premissa segundo a qual a racionalidade da ação humana não é um axioma inquestionável, bem se compreende a relatividade das bases sob as quais se assentam quaisquer ciências sociais.³¹¹

formulação das situações jurídicas existenciais e patrimoniais. Porém, no meio do caminho, havia mais que uma pedra. Entre as duas margens o ponto mais profundo não sonou ao presente a vocação que permeia uma sociedade de classes. Por isso, hoje uma aliança sutil abraça o que entre essas duas modernidades se fez percurso. Recolocou-se na travessia um novo leito de Procusto, agora não mais na cultura, no direito ou na política, mas sim na economia. Repita-se: o primado dos padrões sobre a essência é só operação econômica, vale dizer, era e agora mais que antes se confirmou, como escrevera Avelãs Nunes, a própria capacidade de concreta ação normativa do mercado”. FACHIN, Luiz Edson. *Entre duas modernidades: a constituição da persona e o mercado*. *Revista de Direito Brasileira*. vol. 1. Jul. 2011, p. 101.

³⁰⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.187-189.

³¹⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 206.

³¹¹ Esclarece Fernando ARAÚJO que a Análise Econômica do Direito tem como corolário a teoria comportamentalista (Behavioral theory) centrada na Teoria da Escolha Racional baseada “na convicção de que a conduta humana tende para a maximização racional dos fins”. Adverte o autor

Ademais, a interdisciplinaridade que permeia as ciências sociais, e em especial a do Direito, na mesma medida em que as enriquece e dinamiza, também gera grande risco de perda ou confusão de rumos, como anota BOBBIO ao analisar a interação entre Direito e Sociologia:

Na hodierna tendência sociologizante da ciência jurídica, o que a meu ver talvez seja necessário reiterar é a diferença entre o trabalho do jurista e o do cientista social. De fato, há o risco de o jurista, ao sair de sua ilha, afogar-se no vasto oceano de uma indiscriminada ciência da sociedade. Aproximação não significa confusão. A interdisciplinariedade sempre pressupõe uma diferença entre abordagens diversas. É incrível como se passa facilmente de um extremo a outro, conforme a direção em que sopra o vento: do tecnicismo jurídico ao sociologismo. Entretanto, não obstante toda a ajuda que o jurista pode obter do sociólogo, jurista e sociólogo desempenham duas atividades diferentes. Não há necessidade de confundirmos os materiais de que um e outro podem dispor com o modo pelo qual esses mesmos materiais são utilizados. Pode-se afirmar, ainda que com certa aproximação, que o jurista está para o sociólogo, e em geral para o cientista social, assim como o gramático está para o lingüista. Recorramos à conhecidíssima distinção kelseniana entre ciência jurídica como ciência normativa e sociologia como ciência explicativa, ou à distinção, proposta mais recentemente por Hart, entre ponto de vista interno, que é aquele próprio do jurista, e ponto de vista externo, que é o do sociólogo.³¹²

A aproximação entre Direito e Economia, portanto, deve estar devidamente informada pela diversidade fundamental das próprias racionalidades envolvidas que, se, por um lado, oportuniza o surgimento de importantes e cada vez mais ampliados modelos interpretativos dos fenômenos juridicamente relevantes, recomenda, por outro, que os juristas encarem a análise econômica muito mais como um instrumento que propicia a adequação do Direito ao tempo e ao espaço social do

acerca de uma concepção nominalista da referida teoria que exclui as atitudes solidárias e altruístas, mas, em contrapartida, explica: “A Análise Económica do Direito, convocada pelas necessidades de adensamento referencial, tem evoluído na incorporação (sem hesitações, refira-se) das referências do psicologismo, nomeadamente da racionalidade limitada e da necessidade de heurística (a necessidade de explicitação dos processos através dos quais a informação em bruto é distribuída e classificada), dadas as implicações cognitivas de factores como a complexidade e a ambiguidade, compaginando afinal as suas próprias teses com a crescente constatação empírica (mormente experimental) dos vieses cognitivos e dos erros sistêmicos”. Afirma, ainda, acerca da “pressão no sentido de se reverem conceitos basilares como o de «razoabilidade» ou de «diligência» com fundas implicações em áreas como a da responsabilidade civil ou a do direito processual.” ARAÚJO, Fernando. *Análise económica do direito: programa e guia de estudo*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 23-27.

³¹² BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007, p. 48.

que um modelo finalístico com pretensões de ditar, autonomamente, o comportamento dos sistemas de justiça.³¹³

3.2 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: O PROBLEMA DOS PARADIGMAS E A SUPOSTA NEUTRALIDADE INSTRUMENTAL

Destacadas as essenciais e básicas premissas que orientam o relacionamento entre Direito e Economia, assim como as possibilidades contributivas francamente abertas pela escola da *Law and Economics*, convém esclarecer, ao se preconizar o imprescindível emprego dessa doutrina no intuito da refundamentação do Direito da responsabilidade civil, em que extensão e profundidade uma tal interferência econômica se presta a auxiliar a reflexão sobre o objetivo aqui proposto.

Talvez um dos mais interessantes e complexos temas a serem investigados a partir da intenção de diálogo entre a Economia e o Direito, objetivando influir na tomada de decisões políticas (legislativas e judiciais), assenta-se na fixação de premissas acerca de qual espécie de Estado e de qual teoria econômica se está a tratar, o que implica a verificação da possível abertura da doutrina da análise econômica do direito para novas premissas.³¹⁴

De fato, nunca é bastante refletir sobre a conjuntura política na qual surgiu o movimento da *Law and Economics*, evidentemente influenciado por uma época ainda marcada fortemente pelo liberalismo econômico³¹⁵ e pelo seu culto aos

³¹³ Nesse sentido, ALPA, Guido. *Colpa e responsabilità nell'analisi economica del diritto. Analisi economica del diritto privato*. Milano: Giuffrè Editore, 1998, p. 243.

³¹⁴ Conforme adverte Fernando ARAÚJO: “Uma das limitações mais aparentes à relevância prática da ciência econômica reside no facto de não haver consensos estáveis em muitos pontos de doutrina, em muitos modelos explicativos básicos e em muitos dos padrões de aferição através dos quais essa doutrina poderia endereçar-se ao senso comum e interagir com a realidade dos fenômenos jurídicos”. *Introdução à economia*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 94.

³¹⁵ Acerca das transformações da economia de mercado sob a óptica do Estado Liberal consultar, RIPERT, George. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Trad. Gilda G. de Azevedo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, p. 28 e segs. ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva & Cia, 1947, p. 46. De acordo com Vital MOREIRA “A ideologia liberal apresentava-se com uma unidade sem brechas, no plano econômico, no plano jurídico, no plano filosófico: laissez-faire, laissez-contracter, laissez-aller, não eram mais do que a expressão da visão de uma sociedade que se acreditava naturalmente ordenada, eternamente equilibrada”. *Economia e Constituição*. Coimbra: FDUC, 1970, p. 159.

supostos libertadores valores do individualismo, a partir dos quais todas as relações humanas se ajustariam naturalmente.³¹⁶

Assim, bastante compreensível que, à luz dos princípios e paradigmas da política do “*laissez faire*”³¹⁷, a teoria econômica estivesse impregnada de valores consentâneos com o modelo do Estado liberal, do qual se esperava uma mínima intervenção no Mercado e uma máxima tolerância com a auto regulação de uma sociedade aparentemente igual, livre e fraterna, por via de um modelo contratual fundado na plena autonomia das vontades.³¹⁸

Como símbolo da influência da ideologia do *laissez faire* sobre a doutrina da Análise Econômica do Direito (e mais especificamente da responsabilidade civil), aponta ALPA o impacto causado pela chamada “regra de Hand”,³¹⁹ vista pelos teóricos de referida doutrina como relevante critério de apuração da culpabilidade:

O conflito de interesses privados, que deve ser resolvido de acordo com as diretrizes do mercado, é o sinal mais evidente da conformidade do sistema

³¹⁶ O desenvolvimento da Análise Econômica do Direito surgiu ainda no início do século XX, por obra de investigações de autores como COMMONS, John R. (*Legal Foundations of Capitalism*. New York: MacMillan, 1924). Ressurgiu com grande força no início dos anos sessenta, dando ensejo à chamada “nova análise econômica do direito”, a partir das obras de COASE (The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*. V. 3, 1960, p. 1-69), de CALABRESI (Some thoughts on risk distribution and law of torts. *Yale Law Journal*, v.70, n.º 4, 1961, tendo o mesmo artigo sendo publicado pelo *Journal of Law and Economics*, v. 11, p. 67-73) e POSNER (*Economic analysis of law*. Boston: Little Brown, 1973). Acerca da influência do pensamento de Ronald COASE, em 1937 ele publicou o artigo *The nature of firm*, (*Economica*, New Series, v. 4, n.º 16, p. 386-405) sobre a natureza da empresa (as empresas seriam verticalmente organizadas por meio de uma cadeia hierárquica) em que se analisava a atuação do setor de produção, investigando se as empresas deveriam fazer ou comprar bens e serviços no mercado. Coase procurou dar uma explicação econômica ao referido questionamento, afirmando que seria mais econômico mandar fazer do que negociar a feitura. Vale dizer, as empresas deveriam ser organizadas com a finalidade de diminuir os custos de transação. A partir dessa racionalidade, Coase passa a desenvolver a ideia dos denominados *custos de transação*, ligados aos custos de contratação. ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 24 e segs. SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 187-188. O Teorema de Coase, desenvolvido em 1959, a partir do artigo The problem of social cost, trata acerca do problema que afeta as externalidades (impactos que ultrapassam o âmbito contratual ou também extracontratual, pois são efeitos que não foram consentidos), pois quando há baixos custos de transação é possível resolver o problema, quando há elevados custos de transação é necessário um juiz/um árbitro. A ideia de mercado é deixar que as pessoas resolvam sozinhas/auto gestão. Para Coase a intervenção do Estado só se justificaria diante dos altos custos de transação.

³¹⁷ Acerca da transição do “*laissez faire* ao capitalismo regulado” ver MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 17 e segs.

³¹⁸ Como notas evidentes da transformação dos modelos de Estado, recorde-se que a ideologia liberal sempre esteve assentada em valores tais como a intervenção mínima do Estado na esfera privada, o caráter quase absoluto da propriedade privada, a economia competitiva do livre mercado e a acumulação de capitais, fundados na ideia de igualdade formal entre os indivíduos. Por outro lado, o Estado do “bem estar social” passou a afirmar novos e fundamentais direitos, impondo, a partir de então, restrições às liberdades individuais por diversas formas, como por via do dirigismo contratual e da funcionalização social da propriedade.

³¹⁹ Sobre a regra de Hand, vide comentários feitos na nota nº 374.

jurídico ao regime do *laissez faire*, onde prevalece o individualismo desenfreado, o "direito dos iguais", que baseia nos recursos de cada um a chance de prevalecer sobre os "concorrentes". Ele resulta num sistema de privilégios da parte mais forte, destinado a declinar apenas com o advento da sociedade de massa, na qual esses privilégios adquiriram formas mais sofisticadas. Tratava-se de um sistema que subtraía a controles externos as actividades dos particulares. E precisamente o "paradigma" do juiz Hand, nessa perspectiva, assume o significado de *símbolo* do sistema. Com qual fundamento, portanto, sustentar que o sistema de ressarcimento, e, mais genericamente, a disciplinada responsabilidade civil, seria privada de qualquer conotação ideológica?³²⁰

Entretanto, a gradativa migração do Estado Liberal para o Estado Social, decorrente dos processos de constitucionalização e de democratização, trouxe consigo também a necessidade de se questionar os paradigmas econômicos, talvez insatisfatórios ou incongruentes com o novo modelo de Estado que se desejou implementar.³²¹

Tal conclusão parece inequívoca, uma vez compreendendo-se depender a teoria econômica (tanto quanto a teoria jurídica) da análise e da compreensão do mundo empírico que a cerca. Assim como a chamada "teoria pura do direito"³²² jamais objetivou ser ou foi autenticamente "pura", resta igualmente claro não ser possível reduzir a teoria econômica a postulados matemáticos totalmente fundados em um racionalismo puramente objetivo, desagregado dos valores sociais e políticos do mundo que está à sua volta.³²³

³²⁰ ALPA, Guido. Colpa e responsabilità nell'analisi economica del diritto. *Analisi economica del diritto privato*. Milano: Giuffrè Editore, 1998, p. 238. Tradução livre. "Il conflitto dei privati interessi, che deve essere risolto secondo le direttive del mercato, è il segno più evidente della conformità del sistema giuridico al regime di *laissez faire*, dove prevale l'individualismo esasperato, il «diritto degli uguali» che affida alle risorse di ciascuno la possibilità di prevalere sui «concorrenti». Ne nasce un sistema di privilegi della parte più «forte», destinato a tramontare solo con l'avvento delle società di massa, nelle quali questi privilegi acquisiscono forme più sofisticate. Si trattava cioè di un sistema che sottraeva a controlli esterni le attività dei privati. E appunto il «paradigma» del giudice Hand, in questa prospettiva, assume il significato di *símbolo* del sistema. Con quale fondatezza, dunque, sostenere che il sistema di risarcimento, e, più in generale, la disciplina della responsabilità civile erano privi di ogni connotazione ideologica?"

³²¹ Daí, também, grande parte das críticas dirigidas contra a exacerbação do individualismo presente no pensamento clássico da escola da análise econômica do direito, que confiava ao "homem econômico", livre e racional, a tarefa de maximizar a eficiência para a satisfação de seu interesse individual, do qual derivaria, por consequência, a satisfação do interesse social, reservando-se ao Estado um papel mínimo, direcionado quase exclusivamente à definição do direito de propriedade e à redução dos custos de transação, instrumentalizando a negociação entre os eventuais interessados em face das externalidades ocorridas.

³²² BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 50 e segs. Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

³²³ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 72. Prossequindo na crítica à escola econômica neoclássica e à sua criação (o «cyborg homo oeconomicus»), complementa o professor português: "O Quociente de Inteligência desse «cyborg»

A preocupação como uma necessária integração do pensamento econômico aos valores sociais e políticos predominantes aparentemente nunca foi tão marcante, na medida em que no mundo globalizado do século XXI, todos somos diariamente impregnados com excessivos noticiários, de todas as mídias, que pretendem nos fazer compreender como o mundo “funciona” ou pode “deixar de funcionar” a depender das escolhas político-econômicas feitas ao redor do planeta.

Nesse sentido, o “neoclassicismo” que dominou a ciência econômica a partir dos anos 40 parece constituir uma primeira e grande barreira para o pretendido diálogo entre o jurista e o economista, na medida em que se empenhou em hiperformalizar a teoria econômica por via de uma obsessiva busca por modelos rígidos de avaliação de condutas otimizadoras e quantificadoras que caracterizaria a figura do *homo oeconomicus*, idealizada por Max Weber e sintetizada por ARAÚJO como “mais do que o ser racional e egoísta que se dizia ter sido o protótipo da Escola Clássica de Adam Smith e David Ricardo, era agora um «cyborg» hiper-racional, capaz de competir, como processador de informação e decisor estratégico, com as mais sofisticadas estruturas institucionais”.³²⁴

Ao se intentar uma maior aproximação entre duas ciências sociais, obviamente devemos estar cientes e preparados para enfrentar, talvez, a maior dificuldade residente justamente não apenas na diversidade dos paradigmas atuantes sobre Direito e Economia, isoladamente considerados, mas também dos

passava a aceitar-se que fosse equivalente ao do mais inteligente e sofisticado dos economistas; e, pior ainda, a escolha de modelos descritivos e explicativos passava a privilegiar o modelo em que precisamente mais amplitude se concedesse à manifestação dessa superinteligência – que poucos se atreviam a denunciar como uma distorção completa da realidade do comportamento médio, dado o prevalente «enamoramento com a forma» e com a abstração que dominava as torres de marfim acadêmicas, todas empenhadas, dentro do cânone Neoclássico, em esforços de modelação matemática, de edificação axiomática e de ultra-dedutismo – desembocando no resultado barroco de uma ciência social «autista» na investigação e no ensino, alheada da sua realidade de referência e do escopo pragmático que a conduzira da sua gênese até à sua autonomização curricular.” Afirma, ainda, ITURRASPE: “Empero, los avances de la psicología, de la genética, de la sociología y de la antropología filosófica muestran que el *homo oeconomicus*, paradigma del sistema económico-liberal individualista, es ‘una personalidad parcializada y contraria, precisamente por su individualismo, a la figura que reclaman los nuevos tiempos’. Se reclama un ‘hombre social’, comprometido con la comunidad en la cual vive, con sus planes y proyectos (Dahrendorf); un ‘hombre racional’ (Rawls); uno que bregue por la ‘igualdad’ (Dworkin); se reclama por ‘la humanidad del hombre’, en fin, un hombre con preocupaciones por ‘la cultura’ (Gramsci)”. Tradução livre: “No entanto, os avanços na psicologia, na genética, sociologia e na antropologia filosófica mostrou que o *homo economicus*, paradigma do sistema econômico-liberal individualista, é ‘uma personalidade parcializada e contrária, precisamente por seu individualismo, a figura exigida pelos novos tempos. Reinvidica-se um ‘homem social’, comprometido com a comunidade na qual vive, com seus planos e projetos (Dahrendorf); um “homem racional’ (Rawls); um que brigue pela igualdade (Dworkin); se reclama pela ‘humanidade do homem’, enfim, um homem com preocupações pela cultura’ (Gramsci). ITURRASPE, Jorge Mosset. *Cómo contratar em uma economía de mercado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 47.

³²⁴ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 72 e segs.

possíveis novos paradigmas que poderiam ou deveriam atuar ao se intentar a ligação entre referidas ciências.³²⁵

A não percepção acerca da diversidade dos paradigmas envolvidos, sejam daqueles tradicionalmente apontados como regentes de cada uma das ciências envolvidas, sejam de outros eventualmente suscetíveis como fundantes de uma nova e especial categoria, aliás, é capaz de gerar grandes equívocos na contínua tentativa de reconhecimento e de aprimoramento da Análise Econômica do Direito.

Sobre tal perigo, não passou despercebido o pensamento de COASE, expressado ainda no longínquo ano de 1960 quando, após introduzir a investigação do pensamento econômico a respeito do problema do custo social dos danos e da necessidade de os juízes compreenderem as consequências econômicas do processo de tomada de decisões, alertou para os riscos de se estagnar o pensamento a partir de uma visão monolítica de modelo econômico ou estatal, possivelmente jamais adequada para se aplicar ao inalcançável mas sempre buscado “mundo ideal”.³²⁶

Muito embora o conceito do que venha a constituir um “mundo ideal” revelese equívoco, ilusório e utópico, por outro lado é impossível apartá-lo de premissas concretas mínimas, sobretudo quando assentadas em textos constitucionais que, tal como o brasileiro, mais do que sugerir, busca implementar efetivamente o Estado Social, a toda evidência distanciado do Estado Liberal, a iniciar pela sua própria justificação, forma de organização política de objetivos a serem alcançados.

³²⁵ Ademais, como lembra COASE, “As razões utilizadas pelos tribunais na determinação dos direitos vão, frequentemente, parecer estranhas para um economista, porque muitos dos aspectos nos quais as decisões se baseiam são, do ponto de vista econômico, irrelevantes. Por isso, situações que são, para um economista, idênticas, serão tratadas de maneiras diferentes pelos tribunais. O problema econômico em todos os casos de efeitos prejudiciais é como maximizar o valor de produção. (...) Mas deve ser lembrado que a questão imediata encarada pelos tribunais *não é* o que deve ser feito por quem, *mas* quem tem o direito de fazer o quê.” COASE, Ronald H. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*. V. 3, 1960, p. 01-69. Ver, ainda, o mesmo artigo traduzido em português, COASE, Ronald H. O problema dos custos sociais. Tradução por Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. *Direito e economia – textos escolhidos*. Bruno Meyerhof Salama (org.). São Paulo, Saraiva, 2010, p. 76.

³²⁶ Já propunha COASE uma “mudança de abordagem” do pensamento econômico tradicional, alertando para o fato de que “Ao se projetar e escolher entre arranjos sociais, devemos atentar para o efeito total”, COASE, Ronald H. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*. V. 3, 1960, p. 1-69. Ver, ainda, o mesmo artigo traduzido em português, COASE, Ronald H. O problema dos custos sociais. Tradução por Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. *Direito e economia – textos escolhidos*. Bruno Meyerhof Salama (org.). São Paulo, Saraiva, 2010, p.110-112. Acerca do pensamento de Ronald H. COASE ver, ainda, POLINSKY, Mitchell A. *An introduction to law and economics*. 3rd ed. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 13 e segs. NUTTER, G. Warren. The Coase Theorem on social cost: a footnote. *The Journal of Law and Economics*. V. 11, p. 503-508, 1968. STIGLER, George J. *The Theory of Price*. 3 ed., New York: Macmillan, 1966, p. 113.

Não obstante a natural preservação dos valores inerentes ao liberalismo e ao individualismo, certo é que vivemos, atualmente, sob a égide de postulados marcadamente ligados à solidariedade e ao coletivismo, compreendidos como modelo imprescindível para o atingimento de valores estigmatizados por expressões tais como “dignidade da pessoa humana” e “proteção do mínimo existencial”.³²⁷

Mas e o que isso teria a ver com a Análise Econômica do Direito? Como a “ideologia constitucional” de determinado Estado poderia ou deveria atuar ou interferir em referida análise, que se quer afirmar, acima de tudo, como instrumental e científica?

Reside aí, certamente, um importante e complexo ponto de estrangulamento no pretendido relacionamento entre Direito e Economia.

O arquétipo da ciência econômica, centrado na ideia de um racionalismo meramente instrumental utilizável para a apreensão e descrição do comportamento humano, preconiza um prudente e necessário desprendimento, senão com a realidade empírica, certamente com qualquer compromisso de demonstração ou justificação valorativa, seja dos meios empregados, seja das finalidades alcançadas por tal “técnica racional”.³²⁸

A enunciação de uma ciência social como tal não deixa de ser perturbadora, sobretudo na medida em que parece desejar aproximar-se muito mais do objetivo de precisão das ciências exatas, por via de um instrumentalismo formal, pretensamente

³²⁷ Não se pode deixar de notar, todavia, que a contraposição entre discursos liberal e social, constantemente invocada para a demonstração da transição dos modelos e valores políticos dos Estados, não deixa de encobrir um certo cinismo, já muito bem observado por BOBBIO: “Para quem examina essa constante dialética de liberalismo e democracia de um ponto de vista de teoria política geral, fica claro que o contraste contínuo e jamais definitivamente resolvido (ao contrário, sempre destinado a se colocar em níveis mais altos) entre a exigência dos liberais de um Estado que governe o menos possível e a dos democratas de um Estado no qual o governo esteja o mais possível nas mãos dos cidadãos, reflete o contraste entre os dois modos de entender a liberdade, costumeiramente chamados de liberdade negativa e positiva, e em relação aos quais se dão, conforme as condições históricas, mas sobretudo conforme o posto que cada um ocupa na sociedade, juízos de valor opostos: os que estão no alto preferem habitualmente a primeira, os que estão embaixo preferem habitualmente a segunda”. BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução – Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Ed. Brasiliense, 2006, p. 92.

³²⁸ Afirma Bruno M. SALAMA que “é preciso ressaltar – na verdade reiterar – que a premissa da racionalidade é instrumental. A ideia é julgar os modelos econômicos aplicáveis às condutas analisadas não pela veracidade da premissa da racionalidade, mas pela precisão empírica de suas previsões.” E, continua, citando Milton Friedman, conclui Salama: “O requisito de veracidade e realismo empírico das premissas teóricas deixa de ser um ponto central para a Economia sendo que o único teste relevante para mostrar o grau de cientificidade de uma hipótese passa a ser apenas a comparação de suas previsões com a experiência fática. Ou seja, uma teoria econômica deverá agora ser julgada somente quanto ao seu poder de previsão face aos fenômenos que pretende explicar. A veracidade das premissas é abandonada em favor da acuidade das previsões”. *Direito e economia – textos escolhidos*. Bruno Meyerhof Salama (org.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26.

frio e meramente calculista, ainda que no intuito de prever ações e reações individuais e sociais.³²⁹

Na medida em que a análise econômica, longe de se prestar à mera descrição da realidade, passa também a aspirar prescrever soluções políticas à sociedade,³³⁰ não pode deixar de se pautar, seja em postulados éticos, seja nos postulados normativos regentes do específico corpo social analisado.³³¹

Dessa forma, para que o pretendido diálogo entre Direito e Economia, muito mais do que fomentar o valioso debate acadêmico, tenha efetivamente condições de apontar caminhos para a criação de normas jurídicas ou para a fundamentação das decisões judiciais, e que tais caminhos sejam qualificados não apenas pela lógica ou pelo racionalismo, nem tão somente pela legalidade formal, mas sobretudo pela legitimidade constitucional, não se pode olvidar que a Análise Econômica do Direito não pode prescindir de se fundar, também ela, nos valores culturalmente preponderantes no tempo e no espaço.³³²

O que se pretende ressaltar, enfim, é que por detrás da formulação dos teoremas, postulados e equações (cada vez mais comuns e prestigiadas pelo mundo da “*Law and Economics*”) e, sobretudo, das metas que se pretendem atingir por via da análise econômica, estão sempre inevitavelmente pressupostas

³²⁹ Acerca da relação entre Direito e Economia, COASE já asseverava que, a despeito de os Tribunais já revelarem uma melhor compreensão sobre as consequências econômicas de suas decisões, a recíproca não seria verdadeira em relação aos economistas, muitos dos quais ignorariam a natureza recíproca do problema, COASE, Ronald H. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*. V.3, 1960, p. 1-69. Ver, ainda, o mesmo artigo traduzido em português, COASE, Ronald H. O problema dos custos sociais. Tradução por Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. *Direito e economia – textos escolhidos*. Bruno Meyerhof Salama (org.). São Paulo, Saraiva, 2010, p.81.

³³⁰ Conforme Rachel SZTAJN, a escola de Yale ou escola normativa da *law and economics* teria como um dos objetivos “propor mudanças visando ao aperfeiçoamento das normas; vale dizer, formular normas que produzam os incentivos para que as pessoas se comportem da maneira que melhor atenda aos interesses sociais”. SZTAJN, Rachel. *Law and economics*. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs.). *Direito & economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 77.

³³¹ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 80.

³³² Não parece ser outra, aliás, a base sobre a qual está assentada a chamada teoria neo institucionalista da análise econômica do direito que, segundo observa Bruno M. SALAMA, sobreleva “o reconhecimento de que a Economia não tem existência independente ou dada, ou seja, de que a história importa pois cria contextos culturais, sociais, políticos, jurídicos etc. que tornam custosas, e às vezes inviáveis, mudanças radicais (...), o reconhecimento de que a compreensão do Direito pressupõe uma análise evolucionista e centrada na diversidade e complexidade dos processos de mudança e ajuste (...) e a preocupação de ir além da filosofia prática e especulativa, visando a compreensão do mundo tal como se apresenta”. *Direito e economia – textos escolhidos*. Bruno Meyerhof Salama (org.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20-21.

premissas de natureza político-ideológica, fenômeno absolutamente normal dada a natureza social das ciências econômica e jurídica.

Para a adequação e a legitimação constitucional do emprego da Análise Econômica do Direito nos campos do decisionismo judicial e mesmo da reformulação legislativa do sistema legal, ambos imprescindíveis para se sustentar a refundamentação da responsabilidade civil preventiva, parece necessário iluminar-se referidas premissas, quando menos por questões de honestidade político-científica e para não se criar nenhuma falsa impressão de que o uso da racionalidade econômica no campo jurídico, por ser “meramente instrumental”, estaria imune a qualquer espécie de pré-valorização que pudesse restar ocultada dos olhos de magistrados e legisladores.

Nesse sentido, ALPA tenta demonstrar a falácia do pretenso “purismo” ou “neutralidade” pelos quais alguns dos mais importantes juristas da escola da Análise Econômica do Direito, tal como Posner, pretendem abordar a aproximação entre Direito e Economia:

A segunda crítica, entre todas a mais insidiosa, denuncia os objetivos políticos, ou, mais precisamente, os pressupostos ideológicos que, de modo oculto, permeiam a abordagem econômica do Direito, teorizada por Posner. Longe de se apresentar como “apolítica”, como os seus defensores querem fazer crer, a tese de Posner descende de pressupostos típicos do liberalismo econômico, que acabaram por dar um cunho conservador para todo o sistema assim elaborado. (...) Perseguir objetivos da “eficiência econômica”, para investigar as estruturas jurídicas outra coisa não significa que imaginar e traçar planos de reforma das referidas estruturas de acordo com as premissas ideológicas sob as quais a pesquisa da eficiência econômica se inspira. O próprio Posner acaba chegando a esta conclusão, quando observa que o termo “justiça” (que deveria informar o sistema legal) também pode ser entendida como sinônimo de “eficiência”: “não é surpreendente” - adverte - ‘que num mundo onde os recursos são escassos, o seu desperdício seja considerado um ato imoral’; portanto, “a questão da justiça não ignora os seus custos”³³³

³³³ ALPA, Guido. Colpa e responsabilità nell'analisi economica del diritto. *Analisi economica del diritto privato*. Milano: Giuffrè Editore, 1998, p. 240. Tradução livre. “La seconda critica, tra tutte la più insidiosa, denuncia le finalità politiche, o, più esattamente i presupposti ideologici che, in modo occulto, pervadono l'approccio economico ad diritto teorizzato da Posner. Lungi da presentare caratteri de «apoliticità», come il suo assertore vorrebbe lasciarsi credere, la tesi di Posner discende dai presupposti tipici del liberalismo economico, che finiscono per dare una impronta conservatrice all'intero sistema così elaborato. (...) Perseguire scopi di «efficienza economica», nell'indagine delle strutture giuridiche altro non significa se non prefigurare e delineare progetti di riforma di quelle strutture secondo le premesse ideologiche cui la ricerca della efficienza economica si ispira. Lo stesso Posner finisce per accedere a questa conclusione, là dove osserva che il termine «giustizia» (cui si dovrebbe informare l'ordinamento giuridico) può anche essere inteso come sinonimo de «efficienza»: «non è cosa sorprendente» - egli avverte - «che in um mondo nel quale scarseggiano le risorse, il loro

Não se pretende defender, com isso, nenhum sentido de “controle ou submissão ideológica” da análise econômica quando voltada para a análise das questões jurídicas, o que seria, para além de injustificável sob qualquer ângulo, de todo contrário à própria essência marcadamente instrumental da ciência econômica.

Por outro lado, não se pode abstrair da análise econômica todo e qualquer comprometimento com um possível papel, senão *reformador*, ao menos habilitante de uma proposta de «reengenharia social» necessária à construção do Estado Social de Direito constitucionalmente determinada.³³⁴

Isso implicaria desconsiderar que, em qualquer verificação que se faça acerca de fins e meios, de instrumentos e de objetivos, estão todos impreterível e ideologicamente impregnados, uns e outros, pelos valores sociais, políticos e econômicos da vida, mais do que comunitária, hoje globalizada.³³⁵

Ainda, uma suposta neutralidade da ciência econômica (ou, melhor, de seu uso), como instrumento de análise e compreensão dos fenômenos humanos, mesmo que preconizada para mantê-la franca e constantemente operativa em todo e qualquer sistema ou modelo social, poderia implicar, em múltiplos sentidos, um apequenamento talvez incondizente com a sua pujante e crescente relevância no mundo do século XXI.³³⁶

*spreco sia considerato un atto immorale»; pertanto, «la domanda di giustizia non prescinde dai suoi costi».*³³⁴

³³⁴ Perceba-se, quanto à afirmação do “Estado Social” entre nós, que mesmo quando a Constituição Brasileira garante expressamente os valores da livre iniciativa, da propriedade privada e da livre concorrência, sempre condicionou seu exercício à assecuração da vida digna, da justiça social, da função social e da redução das desigualdades regionais e sociais, como decorre do art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

³³⁵ Tal conclusão parece desautorizar a pretensão revelada por Hans-Bernd SCHAFER e Claus OTT, no sentido de que “as complexas teorias de análise econômica sejam simplificadas de forma a que sejam trasladáveis à rotina com que se tomam as decisões (...), sejam convertidas em figuras argumentativas quase dogmáticas universalmente implantáveis”. *Manual de Análisis Económico Del Derecho Civil*. Tradução de Macarena C. Lichterfelde. Madrid: Tecnos, 1991, p. 143 e 149.

³³⁶ Em sentido contrário, preconizando a neutralidade da ciência econômica como único caminho para a manutenção de sua relevância instrumental, inclusive para a solução de problemas relacionados às questões de justiça, conclui Fernando ARAÚJO: “É tão improvável que a Economia forneça soluções consensuais nestes pontos como o seria que o senso comum, a opinião colectiva ou as instituições políticas as fornecesse. Ora, se não compete à Economia oferecer esses padrões

Assim postas as premissas para um diálogo entre Direito e Economia que, por mais que se apresente “inevitavelmente turbulento, e em geral bastante destrutivo”,³³⁷ a cada dia se revela mais comum e necessário, abre-se um horizonte profícuo para o desenvolvimento da chamada “Análise Econômica do Direito”, hábil a proporcionar não apenas a compreensão, mas sobretudo o enfrentamento das questões vitais que lhes são comuns, relacionadas à estabilidade, à segurança e à eficiência das relações sociais.³³⁸

No que interessa mais de perto ao presente trabalho, a Economia certamente tem muito a dizer tanto para a compreensão como para uma eventual reestruturação do sistema de responsabilidade civil brasileiro que, como se pretende demonstrar, carece tanto de operadores muito mais atentos e informados a respeito das consequências econômicas de sua (in)operabilidade quanto de relevantes alterações legislativas que, promovendo todas as potenciais funções da responsabilização civil, propiciem uma melhor convivência social, em sintonia com

de aferição, pela mesma razão não lhe cabe a definição dos valores sociais que ela serve, e para a prossecução dos quais deve limitar-se a prescrever os meios mais eficientes; já o sublinhamos antes, pode haver um juízo econômico acerca dos fins, e em especial acerca da hierarquização dos valores e acerca do estabelecimento de prioridades – mais a mais legítima missão da Economia é concentrar-se na avaliação dos meios, subordinando-se pacificamente, tanto à livre determinação política dos rumos sociais, como à livre determinação dos rumos privados através da espontânea formação de mercados.” Em que pese tal defesa de um distanciamento da análise econômica com qualquer ideologia “ao triunfo da qual a Economia deveria colocar os seus préstimos”, admite o jurista português uma “imperiosa necessidade de reestruturação e reorientação da investigação e do ensino da Economia, num sentido agora mais vincadamente «não autista»”. *Introdução à economia*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 94 e 98.

³³⁷ Conforme Bruno Meyerhof SALAMA, parte da dificuldade na tentativa de diálogo entre as duas ciências se deve à diversidade metodológica entre ambas: “Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade”, *Direito e economia – textos escolhidos*. Bruno Meyerhof Salama (org.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 9.

³³⁸ Conforme conclui Robert COOTER, “A análise econômica do direito, que vem e vai como a moda, tem se desenvolvido como a ciência política e continua a fornecer ao direito modelos de crescente sofisticação e amplitude. Os juristas que querem fazer uso desses modelos não são ajudados por mais simplificações, seja da parte daqueles que a defendem sustentando que se trata uma ciência não contaminada por juízos de valor, seja da parte dos críticos que a retratam como a ideologia dos plutocratas. Como a esfinge do deserto, que não é nem uma divindade, nem uma rocha como as outras, a análise econômica do direito é uma construção imponente que vale a pena tentar descobrir em seus próprios termos”. COOTER, Robert D. *Le migliori leggi giuste: i valori fondamentali nell'analisi economica del diritto. Analisi economica del diritto privato*. Milano: Giuffrè Editore, 1998, p. 488. Tradução livre. “*L'analisi economica del diritto che va e viene come la moda, ha attecchito come scienza politica e continua a fornire al diritto modelli di crescente sofisticatezza ed ampiezza. I giuristi che vogliono far uso di questi modelli non sono affatto aiutati da sovrasemplificazioni, sia da parte di coloro che la difendono sostenendo che si tratta di una scienza non contaminata da giudizi di valore, sia da parte dei critici che la dipingono come l'ideologia dei plutocrati. Come la sfinge del deserto che non è né una divinità, né una roccia come le altre, l'analisi economica del diritto è una costruzione imponente che vale la pena di cercare di capire nei suoi stessi termini.*”

os objetivos constitucionais ligados à mais plena realização individual e coletiva possível.³³⁹

3.3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O SISTEMA BRASILEIRO DE JUSTIÇA

As considerações críticas acerca da Análise Econômica do Direito acima expostas, por óbvio, em nada diminuem sua importância para a refundamentação do Direito da responsabilidade civil.

Vale dizer, pois, que não se trata de colocar em questão a correção ou a propriedade dos postulados da Análise Econômica do Direito formulados, por exemplo, pela neoclássica “Escola de Chicago” (fundada no pensamento dentre outros, de George Stigler, Milton Friedman e Richard Posner³⁴⁰). Trata-se, sim, de afirmar sua prestabilidade parcial ou relativa para informar critérios para a atual estruturação dos sistemas jurídicos dos países que adotam o modelo de Estado social, tal como o Brasil.³⁴¹

Para tanto, para uma aproximação mais coerente, funcional e profícua entre o *Direito* e a *Economia* dos novos tempos, é preciso rechaçar os exageros

³³⁹ “A moderna ciência económica nasceu em pleno ambiente de efervescência ideológica e de fé extrema na capacidade de melhorar o mundo, e não perdeu ainda essa matriz iluminista e optimista: a objectividade do cientista social, insistamos, não tolhe a sua participação no devir histórico, não o indisponibiliza para a manifestação da sua vontade transformadora. (...) Se a Economia é, ao mesmo tempo, o mais desesperante arauto do inconformismo, realista e a mais inconformada de todas as ciências sociais, isso deve-se em boa medida ao escrúpulo com que ela se tem afadigado na demarcação das suas próprias vertentes descritiva e prescritiva, não hesitando sequer em constantemente requestionar e rever os seus fundamentos, e até em renegar, uma vez por outra, os seus antecedentes teóricos, disponibilizando-se para saltos paradigmáticos de um mundo que «pula e avança».” ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*. 3 ed., Coimbra: Almedina, 2006, p. 81.

³⁴⁰ POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

³⁴¹ Acerca das críticas ao pensamento de Richard POSNER, consultar, COLEMAN, Jules. The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical Review of Richard Posner's 'The Economics of Justice'. *Stanford Law Review*, v. 34, n. 5, 1982, p. 1105-1131; DWORKIN, Ronald M. Is Wealth a Value? *The Journal of Legal Studies*, v.9, n.2, 1980, p. 191-226. Defendendo a inaplicabilidade da análise econômica do direito preconizada por Richard Posner no Brasil, em função de o modelo constitucional voltar-se a outros escopos que não simplesmente a busca da eficiência alocativa, FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito: paranóia ou mistificação. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 139, p. 242-256, 2005. No entanto, é importante ressaltar, que o próprio Richard POSNER acabou revendo o seu posicionamento acerca do Direito ser um instrumento para a promoção da maximização de riquezas, conforme se evidencia na obra. POSNER, Richard A. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

utilitaristas³⁴² que, olvidando o próprio e forte sentido moral da regulação jurídica, preconizam uma leitura que, por mais racional e lógica que se aparente, parece desbordar do próprio senso de justiça, conforme destacado por MATHIS:

A mais importante censura contra o utilitarismo é que ele não toma a distinção entre as pessoas a sério e é incapaz de garantir seus direitos fundamentais. O utilitarismo vê a sociedade em termos de um modelo de um indivíduo: a sociedade como um todo é concebida, em grande escala, utilitária, maximizadora e egoísta, e não pode reconhecer a distinção entre as pessoas, seja moral ou legalmente. Um utilitarista não pode, portanto, ver cada pessoa como um indivíduo dotado de direitos inalienáveis³⁴³

A concepção do utilitarismo clássico (que remonta ao século XVIII) prescreve que o agir do ser humano deve ser pautado de modo a otimizar o bem-estar não apenas individual, mas também coletivo, consistente no “máximo de satisfação para o maior número de pessoas, como medida do que é certo ou errado”.³⁴⁴ Tal

³⁴² “*El padre del utilitarismo, sin perjuicio de la existencia de precursores próximos – alguns moralistas británicos – y remotos – los epicúreos –, fue Bentham (1748- 1832). Fue él quien hizo famoso principio ‘de la mayor felicidad’, principio ‘de utilidad’. (...) El utilitarismo es supremamente pragmático acerca del valor de todas las cosas particulares que la gente hace, busca y evita – belleza, reconocimiento, comida, amistad, ayuda mutua, decir la verdad, mentir, revancha, castigo, muerte-porque todas estas cosas son buenas o malas solo y en la medida en que ellas conduzcan o no al único bien soberano: placer o felicidad. La única dimensión moralmente significativa de las acciones es su utilidad*”. Tradução livre: “O pai do utilitarismo, sem prejuízo da existência de precursores próximos – alguns moralistas britânicos – e remotos – os epicuristas –, foi Bentham (1748-1832). Foi ele quem fez famoso o princípio ‘da maior felicidade, princípio da utilidade’. (...) O utilitarismo é extremamente pragmático acerca do valor de todas as coisas particulares que as pessoas fazem, busca e evita – beleza, reconhecimento, comida, amizade, ajuda mútua, dizer a verdade, mentira, vingança, castigo, morte porque todas essas coisas são boas ou ruins mas apenas e na medida em que elas conduzam ou não ao único bem soberano: prazer ou felicidade. A única dimensão moralmente significativa das ações é sua utilidade.” ITURRASPE, Jorge Mosset. *Cómo contratar en una economía de mercado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 68.

³⁴³ “*The most important reproach against utilitarianism is that it does not take the distinction between persons seriously and is incapable of guaranteeing their basic rights. Utilitarianism views society in terms of an model of an individual person: society as a whole is conceived of as a large-scale, utility-maximizing egoist and cannot recognize the distinction between persons, either morally or legally. A utilitarian does not therefore view each person as an individual endowed with inalienable rights*.” Tradução livre. MATHIS, Klaus. *Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*. Law and Philosophy Library, vol. 84. New York: Springer, 2009, p. 117.

³⁴⁴ “Sob a ótica neoclássica, a dinâmica de mercado é estabelecida através da tomada de decisão individual (individualismo metodológico) de agentes racionais, maximizadores de sua utilidade, mediante análise da relação custo/benefício marginal. A interação dos agentes individuais determina a oferta e a demanda de mercado, estabelecendo o mecanismo de preços, índice de escassez que contém o conjunto de informações necessárias e suficientes para determinar a alocação eficiente dos recursos escassos, o funcionamento racional do sistema econômico. Dito de outra forma, o mecanismo de preços proporciona a utilização eficiente dos recursos limitados na satisfação das necessidades humanas ilimitadas, conduzindo o mercado, naturalmente, ao equilíbrio ótimo no sentido de Pareto, situação na qual ninguém poderá melhorar seu bem-estar sem sacrifício do bem-estar de outrem”. BATTESINI, Eugênio e BALBINOTTO, Giacomo. *História do pensamento em direito e economia revisitada: conexões com o estudo da responsabilidade civil no Brasil*, 2010. Disponível em <http://escholarship.org/uc/item/7cj6p5hg>, p. 62-64. Acesso em 09 Mar. 2012.

premissa, construída a partir de uma análise utilitarista do comportamento humano em sociedade, inspirou autores como Adam Smith, Cesare Beccaria e Jeremy Bentham a construir as suas teorias sobre o Mercado, as sanções penais, a política e o Direito³⁴⁵, vindo a embasar a moderna teoria econômica.³⁴⁶

Todavia, essa “filosofia da consciência”, segundo a qual a eleição dos padrões de conduta social deveriam levar em consideração as escolhas que racionalmente seriam esperadas de cada indivíduo frente às situações de crise (*rational choice*), não deixa de ser criticável, por revelar uma visão liberal e antropocêntrica aparentemente incompatível com os parâmetros solidários e coletivos que fundamentam a construção jurídica dos Estados Sociais, como aponta CÁRCOVA:

Herdeira do utilitarismo, essa concepção intenta descrever a interação social mediante o cálculo racional que os sujeitos realizariam em cada caso, procurando a otimização de seus benefícios. Desse modo, a sociedade é vista como o resultado deliberado e consciente da atividade de sujeitos incondicionados, atuando segundo a lógica da relação custo-benefício. Para as filosofias críticas, ao contrário, não são os sujeitos que constituem a sociedade, senão é essa que constitui os sujeitos, determinando-lhes através de complexos processos de socialização, que lhes outorgam identidade e reconhecimento dentro do grupo e que, de forma uníssona, incute-lhes valores, comportamentos, visões de mundo etc. Trata-se de uma concepção que se distingue da antropologia etno e antropocêntrica de cunho liberal, para inclinar-se sobre uma visão estrutura-sistêmica do social e de suas diversas manifestações, entre elas, as de natureza jurídica. Por essa razão, privilegiam uma análise funcional do direito que, segundo a conhecida classificação de Bobbio, ocupa-se de seus fins sociais, acima de uma análise estrutural, que se ocupa somente de seu caráter mais ou menos sistemático, ou seja, das propriedades lógicas do discurso normativo (completude, consistência, decisionismo).³⁴⁷

³⁴⁵ MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. BOUCKAERT, Boudewyn; DE GEEST, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of law and economics*. V. 1, Cheltenham: Edward Elgar, 2000, p. 67-69. Conforme, ainda, destaca BATTESINI, “Valendo-se de abordagem utilitarista no tratamento dos crimes e punições, Cesare Beccaria enfatiza os incentivos gerados, os efeitos dissuasivos proporcionados pelas sanções penais. Atribuindo tratamento científico à noção de utilitarismo, Jeremy Bentham propõe a adoção do utilitarismo como princípio normativo com vistas à reconstrução da política e do direito. Associando a manutenção da justiça à ideia de prevenção a violações dos direito de propriedade, Adam Smith destaca que, à medida que as sociedades se tornam mais complexas, mediante ampliação do processo espontâneo de divisão do trabalho, maior será a necessidade de leis e regulamentos, normatização que, contudo, não poderá ser excessiva, sob pena de comprometer a própria dinâmica do funcionamento dos mercados”. BATTESINI, Eugênio. *Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. São Paulo: LTr, 2011, p. 28.

³⁴⁶ Destacam-se as obras de BENTHAM, Jeremy. *Introdução aos princípios da moral e legislação*. Trad. Luiz João Baraúna. 3 ed. São Paulo: Abril cultural, 1984. e MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. *Fraser's Magazine* (1861).

³⁴⁷ “Heredera del utilitarismo, esta concepción intenta describir la interacción social mediante el cálculo racional que los sujetos realizarían en cada caso, procurando la optimización de sus

Precisamente para criticar e oferecer alternativas à doutrina utilitarista clássica que, segundo RAWLS, “não leva a sério a diferença entre as pessoas”,³⁴⁸ dedicou-se o filósofo norte-americano, ainda durante a década de 1960, a construir a chamada “teoria da justiça”, fundada em uma concepção mais aproximada dos juízos ponderados e equitativos sobre a justiça e sobre a moral, pressupostos para a concretização do ideal democrático e dos próprios objetivos do Estado social.³⁴⁹

Conforme RAWLS, em que pese o princípio da eficiência constituir fundamento lógico para a construção de qualquer sistema de justiça, não se pode enxergar nele o único ou o mais importante parâmetro, sobretudo se se deseja a implantação de um modelo de justiça democrática e equitativa.³⁵⁰

Na mesma linha crítica contra os exageros utilitaristas, também acentua POSNER não apenas as dificuldades em se calcular concretamente o efeito de uma decisão ou política na felicidade total da “população relevante”, bem como a consequência evidentemente excludente de expressiva parte da comunidade considerada “não relevante” segundo os critérios utilitaristas:

beneficios. De este modo, la sociedad es vista como el resultado deliberado y consciente de la actividad de sujetos incondicionados, actuando según la lógica de la relación costo-resultado. Para las filosofías críticas, en cambio, no son los sujetos los que constituyen la sociedad, sino que es ésta la que constituye a los sujetos, determinándolos a través de complejos procesos de socialización, que le otorgan identidad y reconocimiento dentro del grupo y que, al unísono, le inculcan valores, comportamientos, visiones del mundo, etc. Se trata de una concepción que se distingue de la antropología etno y antropocéntrica de cuño liberal, para inclinarse por una visión estructural-sistémica de lo social y de sus diversas manifestaciones, entre ellas, las de naturaleza jurídica. Por esa razón, privilegian un análisis funcional del derecho que, según la conocida clasificación de Bobbio, se ocupa de sus fines sociales, por sobre un análisis estructural, que se ocupa sólo de su carácter más o menos sistemático, o sea, de las propiedades lógicas del discurso normativo (completitud, consistencia, decibilidad).” Tradução livre. CÁRCOVA, Carlos María. Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho. Buenos Aires, Febrero de 2000, p. 07.

³⁴⁸ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 30.

³⁴⁹ Ao explicar a sua teoria, RAWLS destaca: “Em grande parte da filosofia moral moderna, a teoria sistemática predominante tem sido alguma forma de utilitarismo. Um dos motivos para isso é que o utilitarismo foi adotado por uma longa linhagem de brilhantes escritores, que construíram um corpo de pensamento verdadeiramente impressionante em seu alcance e refinamento. Algumas vezes esquecemos que os grandes utilitaristas, Hume e Adam Smith, Bentham e Mill, foram teóricos sociais e economistas de primeira linha, e que sua doutrina moral foi estruturada para responder às necessidades de seus interesses mais amplos e para se encaixar em um esquema abrangente. Aqueles que os criticaram o fizeram a partir de uma perspectiva muito mais restrita. Eles apontaram as obscuridades do princípio da utilidade e notaram as aparentes incongruências entre muitas de suas implicações e nossos sentimentos morais. Mas creio que não foram capazes de construir uma concepção moral sistemática e viável que se opusesse a esse princípio. O resultado é que muitas vezes parecemos forçados a escolher entre o utilitarismo e o intuicionismo. O mais provável é que no fim acabemos nos acomodando em uma variante do princípio da utilidade que é circunscrita e limitada no âmbito de certas formas ad hoc por restrições intuicionistas. Tal visão não é irracional e não há certeza de que possamos fazer coisa melhor. Mas isso não é motivo para que não tentemos”, RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XXI-XXII.

³⁵⁰ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 75.

Em suma, a lógica do utilitarismo parece favorecer a escolha da maximização da quantidade total de felicidade no universo, como objetivo ético. E, uma vez que, aparentemente, esse objetivo só pode ser atingido mediante a infelicidade de um grande número de pessoas (aqueles de que nós precisaríamos dar lugar a todos esses estrangeiros, carneiros, ou seja lá o que for), os utilitaristas estão sempre procurando novas formas de restringir sua teoria. Mas, para fazê-lo, precisam transcendê-la.³⁵¹

A fundamentação de um sistema constitucional na proteção da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III da CF), na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivando erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I e III da CF), com a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), parece não deixar dúvidas a respeito de qual o direcionamento ético e moral imposto tanto ao legislador ordinário como ao julgador.

Assim sendo, não obstante as aparentemente contrapostas exigências de liberdade individual e do bem-estar social, explica RAWLS que

Cada membro da sociedade é visto como possuidor de uma inviolabilidade fundada na justiça, ou, como dizem alguns, no direito natural, que nem mesmo o bem-estar social de todos os outros pode anular. A justiça nega que a perda da liberdade para alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. O raciocínio que equilibra os ganhos e as perdas de diferentes pessoas como se elas fossem uma só pessoa só fica excluído. Portanto, numa sociedade justa as liberdades básicas são tomadas como pressupostos e os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo dos interesses sociais.(...) Chega-se à igualdade democrática por meio da combinação do princípio da igualdade eqüitativa de oportunidades com o princípio da diferença. Este último elimina a indeterminação do princípio da eficiência elegendo uma posição particular a partir da qual as desigualdades econômicas e sociais da estrutura básica devem ser julgadas. Supondo-se a estrutura de instituições exigida pela liberdade igual e pela igualdade eqüitativa de oportunidades, as maiores expectativas daqueles em melhor situação são justas se, e somente se, funcionam como parte de um esquema que melhora as expectativas dos membros menos favorecidos da sociedade. A ideia indutiva é de que a ordem social não deve estabelecer e assegurar as perspectivas mais atraentes dos que estão em melhores condições a não se que, fazendo isso, traga também vantagens para os menos afortunados.³⁵²

³⁵¹ POSNER, Richard. *A economia da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 65-66. Ver, ainda, acerca da reação contra o utilitarismo, ITURRASPE, Jorge Mosset. *Cómo contratar en una economía de mercado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005, p.170-172.

³⁵² RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 79-80.

Assim, uma vez que se passe a avaliar a legitimação de um sistema de justiça a partir da compatibilização ou da conciliação da liberdade e da solidariedade, parece claro que nem sempre o parâmetro econômico da eficiência pode ser invocado validamente.³⁵³

A referida compatibilização, por outro lado, poderia ser alcançada por via de uma interpretação igualitária, preconizada por DWORKIN. O jusfilósofo americano, analisando a teoria econômica do direito, critica o utilitarismo pela redução pragmática que provoca, ao explicar a interpretação jurídica sem justificá-la a contento:

Uma interpretação bem-sucedida não deve apenas adequar-se à prática que interpreta; deve, também, justificá-la. As decisões judiciais que temos descrito obrigam algumas pessoas a indenizar outras por perdas sofridas, pois suas atividades, de outros pontos de vista inteiramente conformes com o direito, entravam em conflito; como essas decisões são tomadas após o fato, só se justificam se for razoável supor que as pessoas obrigadas a indenizar deveria ter agido de algum outro modo, ou deveriam ter aceito a responsabilidade pelos danos que provocaram. Portanto, as decisões só podem ser justificadas desenvolvendo-se algum sistema geral de responsabilidade moral que se pudesse considerar como um atributo dos membros de uma comunidade, no sentido de não prejudicar os outros ou de assumir a responsabilidade financeira por seus atos. Podemos encontrar um sistema de responsabilidade plausível do modo como as pessoas deveriam comportar-se, que sugerisse que se fizesse a responsabilidade depender do teste de simulação de mercado?³⁵⁴

Dando resposta à indagação autoprovocativa, conclui DWORKIN pela necessidade da implementação de um sistema de responsabilidade que não pressuponha nenhum dever pessoal de agir sempre de alguma forma que torne a comunidade mais feliz como um todo, como pressupunha o argumento utilitarista. Assim, pela proposição da chamada interpretação igualitária “Aquele que se abstém de agir sob o pretexto de que seus atos representariam mais custos a seu vizinho do

³⁵³ Segundo PUSCHEL, “O direito brasileiro optou por defender o *status quo*, no que se refere à responsabilidade objetiva: não é permitido privar alguém de seus bens, ainda que isso resulte em maximização de riquezas. Diante disso, como já havíamos adiantado, é preciso reconhecer que não é adequado descrever a responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro como simples instrumento da eficiência econômica. Com isso não se pretende negar que a responsabilidade civil objetiva possa ter de fato os efeitos que lhe atribui a análise econômica do direito no que se refere aos incentivos para que potenciais causadores de danos invistam em segurança em nível eficiente. No entanto, não é possível dissociar a responsabilidade objetiva da repressão à prática de ilícitos e, no direito brasileiro, isso significa a possibilidade de prevalecer a solução economicamente menos eficiente. Sem dúvida, pode-se discutir se esta é uma boa política pública ou não, mas isso já é outra questão”. PUSCHEL, Flavia Portella. *A função comunicativa da responsabilidade civil: evidências a partir de um caso de impunidade*. Revista Direito GV, São Paulo, v. 28, 2008, p. 14.

³⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 344.

que benefícios a si próprio, leva em consideração o bem-estar de seu vizinho nos mesmos termos em que o faz com relação a seu próprio bem-estar; poder-se-ia pensar que o dever de agir assim repousa sobre alguma base igualitária”.³⁵⁵

Para se ilustrar uma provável limitação da aplicação da análise econômica eminentemente utilitarista do Direito no âmbito do sistema da justiça brasileira, a chamada “judicialização das políticas públicas” parece constituir excepcional exemplo. Especialmente no tocante à proteção da vida e da saúde de cada cidadão, mesmo que contra tal meta pudessem ser opostas as mais lógicas e racionais críticas, derivadas, sobretudo, da oponibilidade do princípio administrativo da chamada *reserva do possível*, o que se tem verificado é justamente o inverso.³⁵⁶

De fato, dentre os inúmeros casos de aplicação do raciocínio econômico-consequencialista pelo Poder Judiciário, talvez os mais evidentes estejam relacionados com a chamada “judicialização das políticas públicas”, ou melhor, as possibilidades e os limites do controle jurisdicional a respeito da implementação e da asseguuração dos mais diversos direitos fundamentais essenciais.

A temática das políticas públicas (inerentes à saúde, segurança, educação e bem-estar social) constitui assunto extremamente relevante e complexo, de enorme repercussão, sobretudo no âmbito de ordenamentos jurídicos que, a exemplo do brasileiro, preveem expressamente o dever de o Estado garantir, com eficiência, universalidade e igualdade, todas as condições para viabilizar um “mínimo existencial” aos cidadãos³⁵⁷.

³⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 355.

³⁵⁶ Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente, enfatizando a predileção da aplicabilidade do princípio da precaução sobre o da reserva do possível: “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE REMÉDIO. DIREITO INDISPONÍVEL. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. 1. A saúde é direito de todos e dever do Estado, nas três esferas políticas, mediante ações que visem à redução dos riscos de doenças e de outros agravos, e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário aos serviços, dentre eles o fornecimento de produtos farmacêuticos, tudo para a sua promoção, proteção e recuperação. 2. O simples fato de o medicamento substituto ser mais econômico que o substituído, ou mesmo regras de direito orçamentário e/ou financeiro não podem se contrapor ao direito à saúde que, in casu, ante o grau da enfermidade, pode se converter no próprio direito à vida. 3. Deve-se invocar o princípio da precaução, neste caso, uma vez que existem opiniões médicas que desaconselham o uso do medicamento substituto”, BRASIL, TRF 5ª, Quinta Turma, AG 93915, Rel. Des. Federal Vladimir Varvalho, DJE 10/08/2010, p. 160.

³⁵⁷ A Constituição Federal brasileira não apenas prevê expressamente a existência e o conteúdo dos direitos fundamentais individuais e sociais (artigos 5º e 6º, respectivamente), como determina que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata e direta (art. 5º, §1º). Acerca do assunto consultar a obra de FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Precisamente em tal rico debate é possível identificar, com bastante clareza, os paradigmas que acabam permeando não só a discussão científica, mas, acima de tudo, o fundamento das próprias decisões judiciais.

Nesse particular, o plenário do Supremo Tribunal Federal, instado a decidir pedidos de suspensão de eficácia de provimentos liminares³⁵⁸ que ordenavam ao Poder Público as mais diversas prestações necessárias à preservação da vida e da saúde perseguidas em ações individuais e coletivas (tais como o fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, criação de vagas em UTIs e leitos hospitalares, contratação de servidores da saúde, realização de cirurgias e exames, custeio de tratamentos médicos fora do domicílio, inclusive no exterior),³⁵⁹ teve a oportunidade de analisar, preliminarmente, justamente a própria viabilidade constitucional de o Poder Judiciário imiscuir-se no controle de políticas públicas envolvendo o sistema de saúde pública.

Objetivando o julgamento de tais casos, o Supremo Tribunal Federal promoveu, inclusive, audiência pública na qual foram ouvidos 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde, no intuito de se obter informações de toda ordem (sobretudo médicas, administrativas e econômico-financeiras).

Com base nos dados colhidos, a Suprema Corte nacional acabou ponderando a respeito das consequências globais da destinação de recursos públicos para beneficiar apenas os indivíduos autores das ações judiciais.³⁶⁰

³⁵⁸ VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público*. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

³⁵⁹ Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares nºs 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada nºs 36, 185, 211 e 278, e nas Suspensões de Segurança nºs 2361, 2944, 3345 e 3355.

³⁶⁰ Destacam-se do voto do relator de referidos pedidos de suspensão, Ministro Gilmar Ferreira MENDES, as seguintes passagens: “Se por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício da efetiva cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias (...). Nesse aspecto, não surpreende o fato de que a problemática dos direitos sociais tenha sido deslocada, em grande parte, para as teorias da justiça, as teorias da argumentação e as teorias econômicas do direito (...). Assim, a garantia judicial da prestação individual de saúde, *prima facie*, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), o que, por certo, deve ser sempre demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta, caso a caso” (STA 175 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076, div. 29-04-2010, pub. 30.4.2010).

Nos casos avaliados, decidiu-se por manter a eficácia mandamental dos provimentos que ordenavam prestações por parte do Poder Público na área da saúde, uma vez não demonstrados suficientemente a “grave lesão à ordem, saúde, segurança ou economia pública”, justamente o fundamento da irresignação do Poder Público.³⁶¹

É possível observar, a partir dos fundamentos da decisão ora comentada, claramente o contraste entre os paradigmas protetivo e consequencialista, a demonstrar, a um só tempo, não só a relevância como também os limites da Análise Econômica do Direito.

De fato, a se tomar em consideração tão somente a racionalidade econômica, nenhum ou pouco sentido haveria no dispêndio de vultosos recursos econômicos para fazer frente às necessidades de proteção à saúde e à vida de um ou de poucos indivíduos, sobretudo em um contexto de presumida ou presumível escassez de recursos públicos a suscitar a aplicação da chamada “reserva do possível”.³⁶²

Como analisa BARROSO em notável artigo sobre a judicialização de políticas públicas, “No contexto da *análise econômica do direito*, costuma-se objetar que o benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos é significativamente menor que aquele que seria obtido caso os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas de saúde pública, como é o caso, por exemplo, das políticas de saneamento básico de construção de redes de água potável.”³⁶³

³⁶¹ Como esclarece Elton VENTURI, “O fundamento referente à grave lesão da ordem pública, dentre os expressamente mencionados, induz conceito profundamente indeterminado, motivo pelo qual, talvez, seja genérica e constantemente empregado nas pretensões de sustação de decisões contrárias ao Poder Público”. E, continua: “para a compreensão do significado, extensão e profundidade da expressão ordem pública: legitimamente, o que se busca tutelar o regime jurídico dos pedidos de suspensão é a chamada ordem pública administrativa, vale dizer, a ordinária prestação das essenciais atividades estatais constitucional e legalmente estabelecidas”. VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.138-140.

³⁶² Conforme sintetiza Rogério Gesta LEAL, “No momento em que a Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu art.196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, não há como negar que tal dever é relacional e condicionado à garantia de acesso universal e igualitário (a todos) das ações consecutórias nesta direção. Isso significa, salvo melhor juízo, que qualquer política pública, ou ação preventiva e curativa, necessitam levar em conta a demanda global que envolve tais interesses, sob pena de atender uns e desatender muitos”. LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010, p. 250.

³⁶³ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista*

Todavia, quando o Poder Judiciário se defronta com pedidos de controle da execução de políticas públicas de garantia de direitos subjetivos individuais fundamentais, referida racionalidade econômica, senão afastada, é evidentemente contrastada pela lógica da razoabilidade, a envolver necessária ponderação, caso a caso, por via da aplicação do critério de proporcionalidade.³⁶⁴

Isso porque, como bem salienta LORENZETTI,

Não postulamos uma homologação das leis econômicas por parte do direito. O homem não tem só uma dimensão de largura, que é quantificável; também há uma dimensão de profundidade, que é irredutível a fixações exatas; o campo do normativo é especialmente este último aspecto. O direito tem aspirações, postula um dever ser, e por isso se vale da lógica deontica, que não é comum em outras ciências descritivas. Por essa razão, interagem os modelos do homem racional e do homem razoável, corrigindo-se mutuamente e expressando os âmbitos das leis baseadas no quantitativo e o direito.³⁶⁵

Assim, se o *paradigma econômico da eficiência* poderia implicar a negativa de atendimento a pleitos individuais, por suposto comprometimento do atendimento ao sistema geral de saúde pública, pois o seu núcleo estruturante é “a análise das consequências públicas das ações privadas”, o *paradigma protetivo*, ao contrário, impõe a prestação da tutela individual, no intuito de garantir a proteção da pessoa, priorizando os resultados imediatos, às custas, muitas vezes, da isonomia que se espera derivar da salvaguarda do interesse de todos em âmbito universal.³⁶⁶

A Análise Econômica do Direito, portanto, revela-se extremamente útil para orientar a estruturação do sistema de justiça, na medida em que consegue demonstrar, sob o ponto de vista utilitarista da eficiência, os modelos mais racionais e pragmaticamente funcionais.

Interesse Público, nº 46, p. 31-62, acessado em 09/03/2012 no endereço eletrônico www.lrbarroso.com.br/web/pt/profissionais/advogados/roberto.

³⁶⁴ O princípio da proporcionalidade, segundo Roberto ALEXY, envolve uma avaliação discricionária, por parte do interprete, que deve sopesar a adequação, a necessidade, a exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito dos interesses fundamentais em jogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 584-610. E, ainda, como afirma Lorenzetti: “A análise econômica se apresenta ao direito como um sistema de incentivos a um homem que responde segunda a conquista do seu próprio interesse. Este tem base no condutivismo psicológico, que estuda profundamente esse aspecto da personalidade, mas há muitas outras motivações distintas do egoísmo, como o altruísmo, a solidariedade, que escapam desse esquema”. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 205.

³⁶⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Trad. Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 206.

³⁶⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Trad. Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 251-305.

Contudo, como se espera ter demonstrado, há evidentes limites para a adoção de uma tal racionalidade, a começar pelas limitações de ordem ética e moral, das quais não se pode furtar o sistema de justiça do Estado Social.

Neste passo, a regulação do sistema de responsabilidade civil que se entende adequada e consentânea com as crescentes aspirações protetivas da dignidade da pessoa humana não pode ceder, ao menos em princípio, a instruções econômicas fundadas em premissas que, por exemplo, renegam justamente que os sistemas de justiça devam perseguir o ideal de preservação da vida humana “a qualquer preço”, tal como asseverou CALABRESI ao apontar aquilo que entendia corresponder a “equivocos usuais” ou “mitos” que impediriam ou dificultariam o desenvolvimento da Análise Econômica do Direito:

Alguns mitos dificultarão nossa análise se não nos esclarecermos previamente. O primeiro deles é a convicção de que a sociedade está disposta a evitar os acidentes a qualquer preço (...). Nossa sociedade não deseja preservar a vida humana a qualquer preço. Em seu sentido mais amplo, a ideia desagradável de que estamos dispostos a destruir a vida nos parece evidente. Existe a guerra. A Universidade do Mississippi está obrigada a seguir uma política de integração racial, mesmo correndo o risco de que se percam vidas humanas. Mas o mais significativo para o estudo da responsabilidade civil, e talvez tão óbvio quanto o anterior, é que as vidas humanas não só são sacrificadas quando o *quid pro quo* é algum grande princípio moral, como também quando estão em jogo questões de mera conveniência. Se desenvolvem atividades, que, pelo menos estatisticamente, tem um custo certo em vidas humanas.³⁶⁷

A inaceitabilidade desta premissa parece evidente, quando se pensa na formatação de sistemas de justiça que, por vinculante força constitucional, devem ter na integral proteção da pessoa humana a diretriz essencial e a própria razão de existência. Assim, se ao longo da história a sociedade sempre conviveu com o alto risco ou mesmo com a certeza de que vidas humanas seriam perdidas por força do

³⁶⁷ “Algunos mitos harán difícil nuestro análisis si no los desvelamos previamente. El primero de ellos es la convicción de que la sociedad está dispuesta a evitar los accidentes a cualquier precio (...). Nuestra sociedad no desea preservar la vida humana a cualquier precio. En su sentido más amplio, la idea desagradable de que estamos dispuestos a destruir la vida nos ha de resultar evidente. Existe la guerra. La Universidad de Mississippi está obligada a seguir una política de integración racial, aun a riesgo de que se pierdan vidas humanas. Pero lo más significativo para el estudio de la responsabilidad civil, y quizá tan obvio como lo anterior, es que las vidas humanas no sólo se sacrifican cuando el *quid pro quo* es algún gran principio moral, sino también cuando están en juego cuestiones de mera conveniencia. Se desarrollan actividades, que, por lo menos estadísticamente, tienen un coste en vidas humanas cierto”. Tradução livre. CALABRESI, Guido. *El coste de los accidentes: Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Barcelona: Editorial Ariel, 1984, p. 34.

exercício de atividades consideradas imprescindíveis para o desenvolvimento econômico, isto não implica admitir que aos sistemas de justiça fosse dado admitir a sucumbência humana em troca de qualquer outro bem ou valor econômico, ainda que de indiscutível relevância social.

Ademais, quando CALABRESI suscita exemplos na tentativa de demonstrar como, historicamente, vidas humanas foram “trocadas” em prol do desenvolvimento social, ignora ou se esquivava de analisar *de que forma* e *quais vidas* foram expostas a risco ou simplesmente destruídas, invariavelmente por “pressões do mercado” nem sempre condizentes com mínimos padrões éticos e morais que hoje vinculam não apenas a atividade legislativa como também a jurisdicional dos Estados Sociais.

A admissão de que os sistemas de justiça fundados no princípio da dignidade da pessoa humana não só estão dispostos como devem tentar preservar a vida humana a qualquer preço, longe de afastar a aplicação da doutrina da *law and economics* como racionalidade norteadora das opções de *lege lata* e de *lege ferenda* propugnadas, constitui premissa imprescindível para a própria justificação da implementação da responsabilidade civil preventiva, ora sustentada. Justifica, outrossim, como adiante destacaremos, a internalização dos princípios da prevenção e da precaução, por meio dos quais se viabilizam a implantação de possíveis mecanismos inibitórios para a refundamentação do instituto e para a consequente melhor tutela dos direitos.

3.4 A ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Em grande parte, a aproximação entre o Direito e a Economia historicamente foi moldada justamente tendo como substrato o tema da responsabilidade civil.³⁶⁸

³⁶⁸ Segundo relato histórico empreendido por Eugênio BATTESINI e Giacomo BALBINOTTO é possível constatar a estreita ligação do movimento da *law and economics* com o direito da responsabilidade civil. Citam, para tanto, as obras de: Victor Mataja (*A Lei de Compensações sob o Ponto de Vista Econômico* - 1888); Arthur Pigou (*The Economics of Welfare* - 1920); Ronald Coase (*The Problem of Social Cost* - 1960); Guido Calabresi (*Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts* - 1961 e *The Cost of Accidents, a Legal na Economic Analysis* - 1970); Pietro Trimarchi (*Rischio e Responsabilità Oggettiva* - 1961 e *The Logic of Law* - 1971); Richard Posner (*A Theory of Negligence* - 1972, *Strict Liability: a Comment* - 1973 e *Economic Analysis of Law* - 1973); John Brown (*Toward an Economic Theory of Liability* - 1973); Steven Shavell (*Strict Liability versus Negligence* - 1980); Mitchell Polinsky (*Strict Liability vs. Negligence in a Market Setting* - 1980); William Landes e Richard Posner (*The Positive Theory of Tort Law* - 1981); Mark Grady (*A New Positive Economic Theory of Negligence* - 1983); Steven Shavell (*Economic Analysis of Accident Law*

Assim, a premissa fundamental lançada pelo referido movimento nesse campo do Direito ressalta que a primeira função das regras de responsabilidade é a de influenciar no comportamento futuro, tanto dos potenciais agressores como das eventuais vítimas.³⁶⁹

Conforme assinala GAROUPA,

Numa perspectiva económica, uma regra de responsabilidade civil é eficiente se os benefícios sociais superam os custos de determinação dessa mesma responsabilidade e da indemnização. O benefício social de impor uma determinada regra de responsabilidade não é a compensação das vítimas, uma vez que existem formas mais eficientes (e.g., seguro privado num contexto de uma economia de mercado eficientemente regulada) de indemnizar a vítima do que o sistema legal, mas evitar ou dissuadir comportamentos que possam causar acidentes. Desta forma uma regra de responsabilidade é eficiente se tem uma influência assinalável na diminuição da taxa de acidentes.³⁷⁰

Entre os vários aspectos abordados pela análise econômica no campo da responsabilidade civil, podem-se enumerar, dentre outros, a escolha entre as regras de responsabilidade subjetiva e de responsabilidade objetiva, a solução para o problema das externalidades negativas³⁷¹, os instrumentos para evitar o dano social mais grave, a estruturação do sistema jurídico de forma a propiciar aumento da

- 1987) e; William Landes e Richard Posner *Economic Structure of Tort Law* - 1987). BATTESINI, Eugênio e BALBINOTTO, Giacomo. *História do pensamento em direito e economia revisitada: conexões com o estudo da responsabilidade civil no Brasil*, 2010. Disponível em <http://escholarship.org/uc/item/7cj6p5hg>, p. 62-64. Acesso em 09 Mar. 2012. Todas as referidas obras, com enfoques obviamente bem distintos, tem em comum o fato de intentar a construção de teorias em torno da responsabilidade civil sob o ponto de vista da racionalidade econômica.

³⁶⁹ Conforme Klaus MATHIS, *"Economic analysis is an ex ante analysis, whereas the legal perspective is an ex post analysis. When they assess an instance of damages, economists are not primarily interested in the incident that has already occurred, but in those that might arise in the future. They are concerned with the precedent effect of the law"*. Tradução livre: "Análise econômica é uma análise ex ante, enquanto a perspectiva jurídica é uma análise ex post. Quando eles avaliam o exemplo dos danos, economistas não estão interessados primariamente no incidente que já ocorreu, mas naqueles que podem surgir no futuro. Eles estão preocupados com o efeito precedente do direito". *Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*. Law and Philosophy Library, vol. 84. New York: Springer, 2009, p. 69.

³⁷⁰ GAROUPA, Nuno. *Combinar a Economia e o Direito. A análise econômica do direito*. Disponível no endereço <http://cepejus.libertar.org/index.php/systemas/article/view/11/0>. Acessado em 05/04/2012.

³⁷¹ DAHLMAN, Carl J. The problem of Externality. *The Journal of Law and Economics*. V. 22, p. 141-162, 1979. E, ainda, segundo RIBEIRO e GALESKI Jr.: "(...) em regra, as partes que realizam intercâmbios voluntários assumem todos os custos e aproveitam todos os benefícios. Todavia, há determinados comportamentos que afetam a determinados sujeitos, piorando sua situação sem que sejam compensados mediante indenização dos prejuízos. Essas situações em que as atividades econômicas desenvolvidas por um ou mais indivíduos produzem efeitos sobre outro ou outros são marcadas por externalidades". RIBEIRO, Márcia Carla Pereira e GALESKI Jr., Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 100.

eficiência alocativa na economia³⁷², a análise da eficiente alocação dos custos dos acidentes³⁷³, a análise do custo/benefício para evidenciar o conteúdo econômico da negligência e a análise econômica positiva do nexo causal, do nexo de imputação e do dano.

Dessa forma, exemplificativamente, a Análise Econômica do Direito suscita a responsabilidade pela prevenção dos danos tanto por via do sistema de imputação da responsabilidade subjetiva como por via do sistema de imputação objetiva.

Na primeira hipótese, que pressupõe a determinação da culpa do ofensor, a partir da “Regra de Hand” é possível avaliar-se a ocorrência ou não da negligência³⁷⁴ (e, portanto, da culpabilidade) a partir da análise do cumprimento ou não dos deveres de conduta razoavelmente exigíveis para se evitar a produção do dano a menores custos.³⁷⁵ Por outro lado, como adiante se verificará, a adoção de um

³⁷² CALABRESI, Guido. Transaction costs, Resource allocation and Liability Rules – A comment. *The Journal of Law and Economics*. V. 11, p. 67-73, 1968.

³⁷³ LANDES, Elisabeth M. Insurance, Liability, and accidents: a theoretical and empirical investigation of the effects of no-fault accidents. *The Journal of Law and Economics*. V. 25, 1982, p. 25-65.

³⁷⁴ “Negligence is one of fundamental concepts of tort law. Its basic meaning is the failure to take appropriate measures to avoid accidents. Hence a negligence rule contains a legal standard of care to which everyone must comply in a given situation in order to avoid liability. However, like most legal notions, its precise meaning of care and interpretation varies from country to country because the meaning of care is actually quite vague. Care can refer to ‘due level of care’, the ‘care of a reasonable man’, or the ‘ordinary care owed to some other person’. What is important, however, is that from an economic point of view, the liability for negligence should provide efficient incentives to the victim and to the injurer to avoid the damage in the first place. This means that the standards of care used in negligence rules should conform to the marginal Learned Hand Criterion”. Tradução livre: “Negligência é um dos conceitos fundamentais da responsabilidade civil. Seu significado básico é a falha para tomar medidas adequadas para evitar acidentes. Assim, uma regra de negligência contém um standard de cuidado a que todos devem obedecer, em uma dada situação, a fim de evitar a responsabilidade. No entanto, como noções legais, o significado preciso de cuidado e interpretação varia de país para país porque o significado de cuidado é realmente muito vago. Cuidados podem se referir a ‘devido nível de cuidado’, o ‘cuidado de um homem razoável’, ou o ‘cuidado ordinário devido a alguma outra pessoa’. O que é importante, porém, é que a partir de um ponto de vista econômico, a responsabilidade por negligência deve fornecer incentivos eficientes para a vítima e para o agressor evitar o dano em primeiro lugar. Isto significa que os padrões de cuidado utilizados nas regras de negligência devem estar de acordo com critério marginal da Learned Hand.” SCHAFER, Hans-Bernd and OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*. Northampton: Edward Elgar, 2004, p. 137.

³⁷⁵ “Foi a partir do caso *United States v. Carroll Towing Company* em que, na baía de New York, um pequeno barco transportador, denominado *Anna C*, de propriedade da empresa *Connors Company*, carregado com farinha de trigo, comprada pelo Governo dos Estados Unidos, afundou, com perdas totais do barco e do carregamento, após soltar-se do cais no qual se encontrava amarrado, juntamente com outros barcos da mesma espécie, vindo a colidir com um cargueiro cuja hélice provocou danos em sua estrutura, danos esses que redundaram no seu afundamento. Apurou-se que, não obstante o *Anna C* estivesse adequadamente amarrado ao píer, soltou-se em razão de bruscos movimentos feitos por um rebocador denominado *Carroll*, e pertencente à companhia *Carroll Towing Company*, que tentava rebocar um barco transportador contíguo. A empresa proprietária do *Anna C*, assim como o Governo dos Estados Unidos, processaram a companhia proprietária do rebocador, responsabilizando-a pelo afundamento. Ao julgar a causa, o Juiz Learned Hand responsabilizou a *Carroll Towing Company* pelas despesas resultantes do desprendimento do *Anna C*, mas não por todas as despesas do afundamento, que foram repartidas, isto porque considerou

regime de imputação objetiva da responsabilidade é capaz de produzir um aumento da precaução social, com vistas a evitar os acidentes.

O que parece certo, contudo, é o fato de que todos os referidos assuntos relacionados com o Direito da responsabilidade civil são enfrentados pela doutrina da *Law and Economics* a partir de uma premissa lógica e racional segundo a qual a prevenção dos danos deve ocupar o lugar central de qualquer sistema de direitos.

De fato, segundo a análise econômica, o benefício social representado pela aplicação das regras de responsabilidade civil não é o de compensar a vítima, mas sim, o de evitar ou dissuadir condutas que possam causar acidentes.³⁷⁶

O deslocamento da função reparatória para a função preventiva, aliás, vem sendo destacada pela doutrina da *Law and Economics* como uma realidade inegável, visto que “se o sistema da responsabilidade civil possui um verdadeiro propósito atualmente, deve estar ligado à criação de incentivos para a redução dos riscos”, com o que se consegue alcançar o benefício social esperado do instituto.³⁷⁷

Fundado na racionalidade econômica preventiva, voltada à averiguação de quem poderia evitar os danos a um menor custo, CALABRESI, um dos maiores responsáveis pelo prestígio que a análise econômica do direito adquiriu a partir da década de sessenta, ao analisar a responsabilidade civil sob a óptica dos “custos dos acidentes”, criticou o sistema de responsabilidade fundado na culpa, preconizando a adoção de regras simples e diretas, concebidas a partir da ideia de menor custo de prevenção (princípio do *cheapest cost avoider*), ou seja, recaindo a responsabilidade sobre o sujeito que poderia ter evitado o acidente a custos menores, pois poderia tê-lo feito e não o fez.

Assim sendo, considerando que as normas de responsabilidade civil atuam como sistema de incentivos à adoção de condutas preventivas pelas partes envolvidas em situação de risco, CALABRESI já apontava a existência de ao menos

também culpada a *Conners Company*, pelo fato de não ter mantido ao menos um tripulante no *Anna C*, o que certamente teria evitado o acidente”. Citado por: EPSTEIN, Richard A. *Cases and Materials on Torts*, p. 175-176 (*Circuit Court of Appeals, Second Circuit*, 1947. 159 F. 2.ed. 169), apud BATTESINI, Eugenio. *Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*, p. 207. Consultar, ainda, SCHAFER, Hans-Bernd and OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*. Northampton: Edward Elgar, 2004, p. 135.

³⁷⁶ GAROUPA, Nuno. *Combinar a Economia e o Direito. A análise econômica do direito*. Disponível no endereço <http://cepejus.libertar.org/index.php/systemas/article/view/11/0>. Acessado em 05/04/2012.

³⁷⁷ “If the liability system has a real purpose today, it must lie in the creation of incentives to reduce risk”. Tradução livre. SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 268.

cinco fundamentos para validar o *emprego de meios de prevenção em um sistema de responsabilidade civil*, concernentes: i) à ignorância dos particulares a respeito do que mais lhes convém; ii) aos custos de acidentes não reduzíveis a dinheiro; iii) aos juízos morais envolvidos; iv) às limitações intrínsecas à teoria da repartição dos recursos e v) à necessidade de a prevenção influenciar, eficazmente, sobre certas atividades e atos.³⁷⁸

Constata-se, a partir disso, que na perspectiva da Análise Econômica do Direito a grande vantagem social da responsabilidade civil é a de prevenir danos, pois para CALABRESI, “A teoria econômica pode sugerir um método de adotar decisões: o mercado, por exemplo. Não obstante, as alternativas nas quais se enfrentam vidas humanas e razões monetárias ou de conviência nunca podem reduzir-se a termos pecuniários, e por isso nunca usamos o mercado como método único.”³⁷⁹

A prevenção, portanto, sempre esteve na base do pensamento da *Law and Economics*. Nesse sentido, já a partir da célebre obra de CALABRESI e MELAMED, é possível inferir-se a noção de prevenção contra a ocorrência de acidentes. Segundo referidos autores, o Direito seria protegido por três tipos de regras, quais sejam, regras de propriedade³⁸⁰, de responsabilidade³⁸¹ e de inalienabilidade,³⁸²

³⁷⁸ CALABRESI, Guido. *El coste de los accidentes: Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Barcelona: Editorial Ariel, 1984, pp. 107-118.

³⁷⁹ Tradução livre. “*La teoría económica puede sugerir un método de adoptar decisiones: el mercado, por ejemplo. No obstante, las alternativas en las que se enfrentan vidas humanas y razones monetarias o de conveniencia nunca pueden reducirse a términos pecuniarios, y por ello nunca usamos el mercado como método único.*” CALABRESI, Guido. *El coste de los accidentes: Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Barcelona: Editorial Ariel, 1984, p. 36.

³⁸⁰ “*An entitlement is protected by a property rule to the extent that someone who wishes to remove the entitlement from its holder must buy it from him in a voluntary transaction in which the value of the entitlement is agreed upon by the seller. It is the form of entitlement which gives rise to the least amount of state intervention: once the original entitlement is decided upon, the state does not try to decide its value. It lets each of the parties say how much the entitlement is worth to him, and give the seller a veto if the buyer does not offer enough. Property rules involve a collective decision as to who is to be given an initial entitlement but not as to the value of the entitlement.*” Tradução livre: “Um direito é protegido por uma regra de propriedade na medida em que alguém que deseja remover o direito de seu titular deve comprá-lo em uma transação voluntária em que o valor do direito for acordado com o vendedor. Esta é uma forma de titularidade que dá origem a um mínimo de intervenção estatal: uma vez decidida a titularidade original do direito, o Estado não tenta decidir seu valor. Ele permite que cada uma das partes manifeste quanto vale o direito para si mesma, e outorga ao vendedor um veto se o comprador não oferece o suficiente. As regras de propriedade implicam uma decisão coletiva a respeito de a quem deve ser dado o direito inicial, mas não quanto ao valor desse direito.” CALABRESI, Guido and MELAMED, Douglas A. Property Rules, Liability Rules and Inalienability: one view of the cathedral. *Harvard Law Review*. V. 85, n.º 6, 1972, p. 1092.

³⁸¹ “*Whenever someone may destroy the initial entitlement if he is willing to pay an objectively determined value for it, an entitlement is protected by a liability rule. This value may be what it is thought the original holder of the entitlement would have sold it for. But the holder's complaint that he would have demanded more will not avail him once the objectively determined value is set. Obviously,*

sendo que o problema essencial inerente ao exercício de tais regras seria aquele concernente à sua titularidade e legitimidade, pois cada vez que o Estado-juiz enfrenta um conflito de interesses deve decidir qual das partes favorecer.³⁸³

A discussão em torno da proteção dos direitos por meio de regras de propriedade ou de responsabilidade civil envolve uma análise acerca da (re)formulação e do aprofundamento dos direitos subjetivos, pois um dos grandes problemas acerca dos altos custos de transação advém do fato da ausência de legitimidade ou titularidade dos direitos (o que é de todos não é de ninguém), na

liability rules involve an additional stage intervention: not only are entitlements protected, but their transfer or destruction is allowed on the basis of a value determined by some organ of the state rather than by the parties themselves.” Tradução livre: “Sempre que alguém pode destruir um direito inicial, se está disposto a pagar por um valor objetivamente determinado, tal direito está protegido por uma regra de responsabilidade. Este valor pode ser aquele estimado pelo titular original do direito para sua venda. Mas a reclamação do titular de que ele deveria ter exigido mais não o ajudará, uma vez que o valor objetivamente determinado está fixado. Obviamente, as regras de responsabilidade implicam um passo adicional de intervenção estatal: não apenas se protegem os direitos, mas a sua transferência ou destruição é permitida com base em um valor determinado por algum organismo do Estado ao invés das próprias partes.” CALABRESI, Guido and MELAMED, Douglas A. Property Rules, Liability Rules and Inalienability: one view of the cathedral. *Harvard Law Review*. v. 85, n.º 6, 1972, p. 1092.

³⁸² “An entitlement is inalienable to the extent that its transfer is not permitted between a willing buyer and a willing seller. The state intervenes not only to determine who is initially entitled and to determine the compensation that must be paid if the entitlement is taken or destroyed, but also to forbid its sale under some or all circumstances. Inalienability rules are thus quite different from property and liability rules. Unlike those rules, rules of inalienability not only ‘protect’ the entitlement; they may also be viewed as limiting or regulating the grant of the entitlement itself.” Tradução livre: “Um direito é inalienável na medida em que sua transferência está proibida entre um comprador e um vendedor interessados. O Estado intervém não apenas para determinar quem possui inicialmente um direito e a compensação que deverá ser paga se o direito for tomado ou destruído, mas também para proibir sua venda em algumas ou todas as circunstâncias. As regras de inalienabilidade são, portanto, bastante distintas das regras de propriedade e das de responsabilidade. Ao contrário dessas regras, as regras de inalienabilidade não apenas protegem o direito: pois elas também podem ser consideradas como limitadoras ou reguladoras da concessão do direito em si.” CALABRESI, Guido and MELAMED, Douglas A. Property Rules, Liability Rules and Inalienability: one view of the cathedral. *Harvard Law Review*. v. 85, n.º 6, 1972, p. 1092-1093.

³⁸³ “The first issue which must be faced by any legal system is one we call the problem of ‘entitlement’. Whenever a state is presented with the conflicting interests of two or more groups of people, it must decide which side to favor. Absent such a decision, access to goods, services, and life itself will be decided on the basis of ‘might makes right’- whoever is stronger or shrewder will win. Hence the fundamental thing that law does is to decide which of the conflicting parties will be entitled to prevail. The entitlement to make noise versus the entitlement to have silence, the entitlement to pollute versus the entitlement to breathe clean air, the entitlement to have children versus the entitlement to forbid them – these are the first order of legal decisions.” Tradução livre: O primeiro assunto que qualquer sistema jurídico deve encarar é aquele que chamamos de problema da ‘titularidade dos direitos’. Cada vez que o Estado enfrenta um conflito de interesses entre duas ou mais pessoas, ou entre dois ou mais grupos de pessoas, deve decidir qual das partes favorecer. Na ausência dessa decisão, o acesso ao bens, serviços e a vida mesma será decidido sob a base de que ‘o poder faz o direito’, de modo que quem seja mais forte ou mais hábil ganhará. Por isso, a questão fundamental do Direito é decidir qual das partes em conflito terá o direito de prevalecer. O direito de fazer barulho contra o direito de ter silêncio, o direito de poluir versus o direito de respirar ar puro, o direito de ter filhos versus o direito de proibi-los; isto constitui a primeira ordem das decisões judiciais.” CALABRESI, Guido and MELAMED, Douglas A. Property Rules, Liability Rules and Inalienability: one view of the cathedral. *Harvard Law Review*. v. 85, n.º 6, 1972, p. 1090.

medida em que se não houver uma titularidade suficientemente forte para as pessoas reivindicarem as perdas e os ganhos como seus, perdem-se os incentivos para resolverem os problemas diretamente.

Nesse sentido, explicam CALABRESI e MELAMED que, com exceção das regras de inalienabilidade (casos em que o mercado não pode ser admitido como critério de proteção dos direitos inalienáveis, uma vez que não podem ser compreendidos em termos de eficiência e de distribuição), o Direito seria protegido por regras de propriedade e de responsabilidade.

Conforme as primeiras regras, o Direito confiaria os interesses sociais relevantes às próprias partes envolvidas, cabendo a elas uma forma de autoproteção, uma vez definida a titularidade original, sendo necessária uma mínima intervenção estatal. Somente quando as pessoas não conseguissem tutelar os seus próprios interesses, em razão dos altos custos de transação, tais interesses circulariam à margem da negociação, o que suscitaria a aplicação de uma regra de responsabilidade.³⁸⁴

Por outro lado, na fixação das regras de responsabilidade deveria haver uma maior intervenção estatal na medida em que, ao violar um direito, o agressor deveria pagar um valor objetivamente determinado. Nesse sentido, a reparação funcionaria como a reconstituição de um acordo hipotético, por motivos de eficiência econômica e promovendo fins distributivos. No entanto, sempre que fosse possível determinar a titularidade dos direitos, a prevenção poderia ser negociada pelos próprios particulares, com baixos custos de transação, buscando evitar a ocorrência do dano.³⁸⁵

Como visto, a responsabilidade civil, por via de um sistema de incentivos para a prática ou omissão de comportamentos, fundamenta-se, sobretudo, na medida em que, ao lado da regulação estatal, induz a adoção de cautelas quando do exercício de atividades que gerem riscos, conforme explica ARAÚJO:

³⁸⁴ *"It is enough for our purposes to note that a very common reason, perhaps the most common one, for employing a liability rule rather than a property rule to protect an entitlement is that market valuation of the entitlement is deemed inefficient, that is, it is either unavainable or too expensive compared to a collective valuation"*. Tradução livre: "É suficiente para os nossos propósitos notar que a razão atual, talvez a mais comum, para usar uma regra da responsabilidade mais do que uma regra de propriedade para proteger um direito, é a de que a avaliação do mercado sobre o direito é considerada ineficiente, ou seja, ou indisponível ou demasiada dispendiosa em comparação com uma avaliação coletiva". CALABRESI, Guido and MELAMED, Douglas A. Property Rules, Liability Rules and Inalienability: one view of the cathedral. *Harvard Law Review*. v. 85, n.º 6, 1972, p. 1110.

³⁸⁵ CALABRESI, Guido and MELAMED, Douglas A. Property Rules, Liability Rules and Inalienability: one view of the cathedral. *Harvard Law Review*. v. 85, n.º 6, 1972, p. 1109-1110.

As soluções de responsabilidade civil são avaliadas pela análise económica como se se tratasse de um puro sistema de incentivos, visando-se basicamente que através dele se proceda à internalização «óptima» dos custos sociais de cada actividade económica, repercutindo-se dinamicamente no plano dos incentivos, nos incentivos que respeitam à assunção de riscos e à adopção de um certo nível de actividade arriscada, nos incentivos à adopção de cautelas (suscitando-se por isso a questão da sua complementariedade com a prevenção que se alcança através da regulação). Nesta perspectiva, a eficiência básica de uma regra de indemnização mais não é do que a sua susceptibilidade de internalizar custos sociais advindos de actividades arriscadas, potencialmente danosas, embora a montante desse plano deva colocar-se a fasquia preventiva, que é uma forma de incentivo prévia a qualquer dano e obviamente independente dele, já que é da sua subsistência a níveis elevados que pode resultar o abaixamento estatístico dos danos – sendo também que, por outro prisma, a fasquia deve colocar-se num nível que confie na interdependência ou «contágio» das condutas (nem mesmo na «exemplaridade» das sanções), devendo pois incentivar em pleno cada potencial lesante, individualmente, sem presumir que a cautela dele interferirá na probabilidade de danos causados por outrem.³⁸⁶

Se o paradigma tradicional da responsabilidade civil diz respeito à compensação de danos, a análise económica adota o paradigma da *eficiência social*, vale dizer, verifica a prestabilidade do respectivo sistema para induzir adequados incentivos tanto para o agressor como para a vítima, no objetivo de evitar danos, ou, acaso ocorridos, internalizá-los da maneira mais eficiente do ponto de vista económico e social.³⁸⁷

Segundo anota SZTAJN, a prevenção dos danos pode ser vista, inclusive, como mecanismo de internalização de externalidades: “Os danos ambiental e pessoal são evitados quando o legislador impõe ao exercente da atividade o custo de prevenir danos que recaem sobre terceiros, com o que a externalidade desaparece transformando-se em internalidade. É essa uma forma de promover a internalização da externalidade, em que se procura causar menos danos a terceiros.”³⁸⁸

A partir dessa racionalidade, sustenta-se que a *internalização* do princípio da prevenção no Direito da responsabilidade civil deve ser compreendida como natural e necessária para atender aos reclamos de adequada e efetiva tutela dos direitos.

³⁸⁶ ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 832-833.

³⁸⁷ MATHIS, Klaus. *Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*. Law and Philosophy Library, vol. 84. New York: Springer, 2009, p. 78.

³⁸⁸ SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo código civil. *Revista de direito privado*, vol. 22, abr/2005, p. 250.

No Estado Social, garantidor da inviolabilidade dos direitos fundamentais, na verdade muito pouco ou de nada adianta verificar todas as possibilidades de ressarcimento, diante da lesão a direitos essenciais e extrapatrimoniais.

Assim, um sistema de responsabilidade civil que se deseje congruente com os ideais constitucionais deve ser construído a partir de critérios que priorizem, por todas as formas possíveis, a prevenção à reparação dos danos.

A lógica da predileção da prevenção, aliás, há muito inspira e justifica o estudo da responsabilidade civil por parte do movimento da Análise Econômica do Direito, como observa Geneviève VINEY:

A ideia de prevenção sempre esteve presente no direito da responsabilidade civil. Todavia, um novo impulso lhe foi dado após o fim dos anos 90 por força do grande sucesso da doutrina da análise econômica do direito e por aquela do princípio da precaução. Com efeito, os teóricos da análise econômica do direito atribuem à prevenção um lugar eminente dentre as finalidades da responsabilidade civil. «A impulsão primeira do sistema de responsabilidade civil», escreveu um autor se reportando à essa tendência, «reside em sua constante busca de uma minimização de danos causados a outrem, quer dizer, de uma prevenção de fatos lesivos. É assim em função da aptidão do direito positivo ao favorecimento da prevenção que se julga, segundo essa doutrina, a qualidade desse direito. Todas as reformas ou modificações propostas são apreciadas sob o ângulo de suas aptidões para realizar «o caráter ótimo da prevenção».³⁸⁹

A internalização da prevenção no Direito da responsabilidade civil, nesse contexto, a par de justificada pela racionalidade econômica, acaba por se revelar também verdadeiro mecanismo de legitimação constitucional do instituto, na medida em que viabiliza a funcionalização do Direito privado no sentido da proteção dos direitos fundamentais.³⁹⁰

³⁸⁹ *“L’idée de prévention a toujours été présente dans le droit de la responsabilité civile. Toutefois une impulsion nouvelle lui a été donnée depuis la fin des années 1990 à la fois par le succès grandissant de la doctrine de «l’analyse économique du droit» e par celui du «principe de précaution». En effet, les théoriciens de l’analyse économique du droit attribuent à la prévention une place éminente parmi les finalités de la responsabilité civile. «L’impulsion première du système de responsabilité civile», a écrit un auteur se rattachant à cette tendance, «réside dans sa constante recherche d’une minimisation des dommages causés à autrui, c’est-à-dire d’une prévention des faits dommageables». C’est donc en fonction de l’aptitude du droit positif à favoriser la prévention que se juge, d’après cette doctrine, la qualité de ce droit. Toutes les réformes ou modifications proposées sont ainsi appréciées à l’aune de leur aptitude à réaliser «le caractère optimal de la prévention»”.* Tradução livre. VINEY, Geneviève. *Traité de Droit Civil: Introduction à la responsabilité*. 3^a ed. Paris: L.G.D.J., 2007, p. 155.

³⁹⁰ No mesmo sentido, indaga oportunamente BATTESINI: “sob a égide do Novo Código Civil, a responsabilidade civil desempenha função social? E, em desempenhando, se a função social da responsabilidade civil está conectada à prevenção e à minimização dos custos dos acidentes? Ao que tudo indica, as respostas são positivas, conforme será evidenciado na subsequente análise econômica de algumas das inovações normativas do Código Civil de 2002, que se caracterizam por

A funcionalização do Direito da responsabilidade civil, possivelmente operacionalizada pela internalização da prevenção, contudo, não leva em consideração tão somente padrões econômicos ligados à eficiência. A imprescindibilidade da preservação de certos direitos considerados fundamentais, “custe o que custar”, por exemplo, afastaria de imediato qualquer ponderação a respeito de custos-benefícios existentes entre a economia da prevenção *versus* a economia da reparação.

Nesse sentido, comumente se afirma a imprestabilidade da racionalidade da Análise Econômica do Direito para incidir no campo dos direitos fundamentais, de natureza extrapatrimonial, tal como os relativos à personalidade, ao meio ambiente e à saúde. A missão do Estado Social em protegê-los não se compatibilizaria com uma visão estritamente econômica.

Todavia, mesmo nesses temas, as críticas voltadas contra a viabilidade da aplicação da análise econômica merecem ser melhor ponderadas ou relativizadas, na exata medida da necessidade de verificação das possibilidades e dos limites de integração entre as próprias ciências sociais.

Com efeito, se a *Law and Economics* parece não definir adequadamente formas para a compensação de danos corporais ou aos direitos de personalidade (até porque se trata de danos irreparáveis sob o ponto de vista filosófico), ela auxilia precisamente no campo da prevenção dos danos.

Como observa POLINSKY, ainda que a Análise Econômica do Direito não seja hábil para lidar com situações envolvendo danos à vida ou danos corporais (até porque nesse campo qualquer procedimento utilizado para valorá-los revela-se naturalmente arbitrário), não há motivo para que a referida doutrina não seja empregada para a evolução das regras pertinentes aos riscos dos acidentes pessoais, a partir de indagações a respeito do quanto as pessoas estariam dispostas a gastar para evitar os riscos de acidentes ou de quanto as pessoas estariam

criar incentivos à prevenção de acidentes, tais como: o princípio da gravidade da culpa concorrente da vítima, cristalizado no art. 945; a cláusula geral de responsabilidade objetiva pelo risco da atividade, prevista no parágrafo único do art. 927; e a cláusula geral da responsabilidade objetiva pelos danos causados pelos produtos postos em circulação, prevista no art. 931”, BATTESINI, Eugênio. *Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. São Paulo: LTr, 2011, p. 108-109.

dispostas a receber pelo agravamento dos riscos do sofrimento de danos corporais.³⁹¹

Todavia, nunca se pode olvidar que a eficiência econômica, em que pese constituir objetivo racional e pragmático irrecusável a qualquer sistema de justiça, deve ser considerada como apenas mais um dentre os diversos objetivos buscados pela regulação implementada pelo Direito, como ressalta ALPA, criticando Posner:

Elevada a uma verdadeira e própria teoria, a análise econômica do direito (que também pode conduzir a resultados valiosos no âmbito da pesquisa sobre o significado e o propósito atual da responsabilidade civil) que Posner elabora, parte de premissas ou, mais corretamente, de postulados que não parecem ser aceitáveis. A realização da "eficiência econômica" pode, se muito, constituir um dos escopos perseguidos na elaboração de programas de normatização dos interesses privados, mas certamente não o único objetivo que o jurista se deve por, nem, tampouco, pode ser a única diretriz (emergente das relações de mercado) que se deva seguir na revisão ou na refundamentação da regra jurídica.³⁹²

Como se percebe, a leitura econômica muito tem a auxiliar na compreensão e no aprimoramento dos institutos jurídicos, prestando-se, sobretudo, a demonstrar de que formas a responsabilidade civil pode e deve ser analisada sob uma perspectiva notoriamente preventiva.

Todavia, isso não quer dizer que o objetivo de prevenção, dentro da perspectiva do Direito da responsabilidade civil, se esgote ou se resuma à viabilização da melhor ou maior eficiência econômica, correlacionando-se tão somente com os custos/benefícios inferidos a partir de uma análise objetiva e calculista a respeito dos deveres de cuidado e dos eventuais danos experimentados no seio social.

Muito antes e para muito além disso, a refundamentação preventiva da responsabilidade civil ora preconizada assenta-se em valores éticos e morais que

³⁹¹ POLINSKY, A. Mitchell. *An introduction to law and economics*, 3ª Ed. New York, Aspen, 2003, p. 165-166.

³⁹² ALPA, Guido. Colpa e responsabilità nell'analisi economica del diritto. *Analisi economica del diritto privato*. Milano: Giuffrè Editore, 1998, p. 241. Tradução livre. "Elevata a vera e propria teoria, l'analisi economica del diritto (che pure può condurre a risultati preziosi nell'ambito delle indagini sul significato e gli scopi attuali della responsabilità civile) che Posner elabora muove da premesse o, più correttamente, da postulati che non sembrano accettabili. La realizzazione della «efficienza economica» può, se mai, essere uno degli scopi perseguiti nel progettare programmi di normazione degli interessi privati, ma certamente non l'unico obiettivo che il giurista si deve porre, né, tanto meno, può costituire l'unica direttrice (emergente dai rapporti di mercato) che si debba seguire nella revisione o nella rifondazione della regole giuridiche."

extrapolam, necessariamente, qualquer racionalidade utilitarista a respeito das possíveis justificativas para se evitar a violação dos direitos e a consequente provocação dos danos.

3.5 RESPONSABILIDADE CIVIL E REGULAÇÃO PÚBLICA SOB O PRISMA DA ANÁLISE ECONÔMICA

Questão das mais relevantes e problemáticas diz respeito aos possíveis limites do Direito da responsabilidade civil para operar eficientemente a prevenção contra a violação e lesão dos direitos, sobretudo quando cotejado com a regulação pública.³⁹³

De fato, é bastante comum o argumento segundo o qual competiria ao Direito Público e não propriamente ao Direito Privado a função de dissuasão de comportamentos ilícitos, por via da implementação de instrumentos sancionatórios

³⁹³ “O termo “regulação” é essencialmente ambivalente: por um lado, designa um estado de equilíbrio e de regularidade no funcionamento de um sistema ou mecanismo; por outro lado, aponta para o estabelecimento de regras (regulamentos) a serem observadas num determinado comportamento ou situação, tendo precisamente como objectivo garantir ou repor o equilíbrio e/ou a regularidade do seu funcionamento.” MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 21. De acordo com o European Centre of Tort and Insurance Law (juntamente com o Research Unit for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences), “*Regulation*” is an imprecise and ambiguous concept, but it seems clear from statements made by the convenors of this project that they have in mind that area of public law which lays down standards of safety and quality governing the conduct of individuals and firms. The relationship to be examined is between those areas of law, for example health and safety at work, public health and environmental protection, product safety, road safety and some areas of consumer protection, and those areas of tort law which generate private law obligations to comply with equivalent standards in those or analogous sectors. The goal of regulatory law in these areas is clear: it is to induce compliance with the standards, thereby generating a level of quality and safety which the policymakers regard as appropriate. The standards may reflect the policymakers’ perception of distributional justice but, for the purposes of this paper, I will assume that they are intended, in an economic sense, to maximise social welfare. In other words, they aim to generate, in relation to given risks, the optimal level of quality and safety, that is the point where the marginal benefit of increasing quality and safety is approximately equal to its marginal cost”. Tradução livre: “Regulação é um conceito impreciso e ambíguo, mas parece claro das declarações feitas pelos coordenadores deste projeto que eles têm em mente que a área de direito público estabelece normas de segurança e qualidade que regem a conduta dos indivíduos e das empresas. A relação a ser examinada é entre as áreas do direito, por exemplo, saúde e segurança no trabalho, saúde pública e proteção ambiental, segurança dos produtos, segurança rodoviária e algumas áreas de defesa do consumidor, e aquelas áreas da responsabilidade civil que geram obrigações de direito privado para normas equivalentes em setores análogos. O objetivo do direito regulatório nestas áreas é claro: induzir o cumprimento das normas, gerando um nível de qualidade e segurança que os responsáveis políticos consideram apropriado. As normas podem refletir na percepção dos formuladores de políticas de justiça distributiva mas, para fins deste artigo, vou assumir que se destinam, em seu sentido econômico para maximizar o bem-estar social. Em outras, com objetivo de gerar, em relação aos riscos dados, o nível ótimo de qualidade e segurança, esse é ponto onde o benefício marginal de aumentar a qualidade e a segurança é aproximadamente igual ao seu custo marginal.” BOOM, Willem H. van, LUKAS, Meinhard, KISSLING, Christa (eds.). *Tort and Regulatory Law*. New York: Springer, 2007, p. 377-378.

como multas e normas proibitivas, cabendo ao Estado a fiscalização quanto ao seu cumprimento.³⁹⁴

Ainda assim, conforme uma visão mais ou menos liberal, uma tal função dissuasória só seria justificável em relação a determinados setores influentes economicamente no mercado, cujos abusos deveriam ser controlados pela regulação pública. Nesse sentido, caberia ao Poder Público, por meio de seus agentes reguladores,³⁹⁵ disciplinar referidos setores da economia pelo “desenvolvimento e a implementação de normas secundárias que disciplinem a conduta dos agentes do respectivo setor regulado”, garantir o seu funcionamento e “aplicar sanções jurídicas negativas em face do descumprimento de preceitos normativos por parte dos agentes regulados”.³⁹⁶

Ao se sustentar que o sistema da responsabilidade civil, marcadamente concebido como instituto ligado ao Direito privado, também deve estar comprometido com a prevenção de comportamentos antijurídicos potencialmente causadores de danos, parece claro que uma tal proposta passa por um redimensionamento a respeito de uma possível função co regulatória do instituto³⁹⁷,

³⁹⁴ Nesse sentido, explorando o debate a respeito dos limites da responsabilidade civil e a transição para o Direito Público, Hans-Bernd SCHÄFER E Claus OTT. *The economic analysis of civil law*. Northampton, Mass.: Edward Elgar, 2004, p. 261-267.

³⁹⁵ As agências reguladoras “são criadas através de lei com o escopo de disciplinar determinado setor e respectivos agentes, estes detentores de poder econômico com sérias repercussões sociais. As agências são pessoas administrativas às quais, sob o rótulo de autarquias especiais, é conferida a regência de alguns dos mais relevantes setores da economia”. MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas: reflexos iniciais acerca da conexão entre os temas: reflexos iniciais acerca da conexão entre os temas. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 2, 2006, p. 163-192.

³⁹⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas: reflexos iniciais acerca da conexão entre os temas. RDE. *Revista de Direito do Estado*, v. 2, 2006, p. 163-192,

³⁹⁷ Para o European Centre of Tort and Insurance Law together with the Research Unit for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences, a responsabilidade civil além da sua tradicional função reparatória teria também uma função preventiva de impedir a ocorrência dos danos: “From a traditional legal perspective, the principal role of tort law is, in defined circumstances, to provide compensation for those who are harmed by the actions of others; and the basis of liability is generally perceived to be some form of corrective justice. There nevertheless is a recognition, and not only by economists, that another function of tort law is to deter harm-creating activity, the threat of having to pay compensation serving thus to induce more careful behaviour. And it is a short step from that recognition to formulating tort law as an inducement to take optimal care, thus rendering it equivalent to what we have seen above to be the efficiency goal of regulation.” Tradução livre: “De uma perspectiva jurídica tradicional, o papel principal da responsabilidade civil é, em definida circunstâncias, promover a compensação para aqueles que são prejudicados pela ação dos outros; e a base da responsabilidade é geralmente é para ser percebida como alguma forma de justiça corretiva. Há, no entanto, um reconhecimento, e não apenas por economistas, que outra função da responsabilidade civil é o de impedir danos criados pela atividade, e a ameaça de ter que pagar uma indenização serve assim para induzir a um comportamento mais cuidadoso. E este é um pequeno passo para o reconhecimento da formulação da responsabilidade civil como um incentivo

a ser examinada em complementação àquela desempenhada tradicionalmente pelo Poder Público, por via de regras de Direito Público.³⁹⁸

Uma tal complementaridade deve ser examinada, como parece evidente, por meio da própria observação dos limites da aplicação do sistema de responsabilidade civil, como aponta PÜSCHEL:

Na realidade, a responsabilidade civil é simplesmente uma das ferramentas por meio das quais a sociedade persegue esses objetivos. Além da responsabilidade, esses mesmos fins são buscados também por meio, por exemplo, de controle e sanções administrativas e penais (para prevenção de comportamentos anti-sociais), da criação de um sistema previdenciário ou da realização de seguros obrigatórios (para indenização da vítima e distribuição de danos). (...) De todo modo, a responsabilidade deve ser apenas um dos mecanismos em uma política de prevenção de acidentes. A experiência comprova que há outros meios, muitas vezes mais eficazes, de prevenção desse tipo de dano, como o controle e a fiscalização efetivos das atividades perigosas. Tomando o exemplo de A.Tunc, o paciente confia no médico porque sabe que ele não pode exercer sua atividade sem possuir um diploma, e não por causa de sua responsabilidade pelos danos que eventualmente causar à saúde dos clientes.³⁹⁹

A gradativa implementação do Estado Social trouxe consigo a preocupação com a efetiva atuação dos direitos individuais e transindividuais essenciais, o que parece justificar a própria revisão dos fundamentos e limites de intervenção estatal nas relações interprivadas.

Para além disso, os objetivos do Estado Social também fazem refletir acerca da insuficiência da intervenção estatal e da consequente necessidade de

para otimizar o cuidado, tornando-o equivalente ao que nós vimos acima para o objetivo eficiente da da regulação.” BOOM, Willem H. van, LUKAS, Meinhard, KISSLING, Christa (eds.). *Tort and Regulatory Law*. New York: Springer, 2007, p. 378.

³⁹⁸ Acerca dos papéis desenvolvidos pelo Direito Público e o Direito Privado, afirma ITURRASPE que “Se ‘privatiza’ el Derecho Público cuando, por via de ejemplo, se incorporan en las Constituciones los Derechos Humanos de la tercera o cuarta generación. Cuando la persona humana aparece protegida en los documentos publicísticos. Y se ‘publiciza’ el Derecho Privado cuando funciones del Estado, como la protección del medio ambiente, se regulan en estatutos privatísticos; como antecedente de esta idea debemos tener en cuenta la tendencia a aludir a una ‘transformación del Derecho Privado en Público através de la denominada legislación social.” Tradução livre: “Se privatiza o Direito Público quando, por via de exemplo, se incorporam nas Constituições os Direitos Humanos de terceira ou quarta geração. Quando a pessoa humana aparece protegida nos documentos publicísticos. E se ‘publiciza’ o Direito Privado quando funções do Estado, como a proteção do meio ambiente, se regulam em estatutos privatísticos; como antecedente desta ideia devemos ter em conta a tendência a aludir a uma ‘transformação do Direito Privado em Público através da denominada legislação social”. ITURRASPE, Jorge Mosset. *Cómo contratar en una economía de mercado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005, p.80.

³⁹⁹ PÜSCHEL, Flavia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil. Artigos (working papers). *Revista Direito GV.*, n. 1, vol. 1, São Paulo, maio 2005, p. 93.

complementação regulatória por parte da intervenção de estruturas ou regimes privados, tal como se afigura o Direito de responsabilidade civil.

Com efeito, a interpenetração dos espaços público e privado forçou a revisão da separação estanque entre Direito Público e Direito Privado,⁴⁰⁰ que retratava uma realidade atualmente não mais preponderante, em razão do permanente diálogo entre ambos.⁴⁰¹ Assim, já a partir dessa perspectiva, parece lógico e até mesmo intuitivo pensar que não se possa mais relegar o papel regulatório das relações privadas ou público-privadas exclusivamente ao Direito Público, não sendo igualmente apenas seu o compromisso de desenvolver e fomentar mecanismos aptos para o controle da prevenção da ilicitude, dos danos e da violação dos direitos.

É interessante observar que essa nova forma de comunicação entre o Direito Público e o Direito Privado conduz a preocupações recíprocas e complementares: hoje deve interessar tanto ao Direito Privado a tutela do interesse público ou do interesse social relevante, como ao Direito Público passa a interessar a proteção de interesses até então tipicamente “privados”.⁴⁰²

Ilustração mais incisiva a esse respeito, pois, refere-se às profundas alterações paradigmáticas experimentadas pelo próprio direito administrativo que, historicamente fundamentado na legalidade e na proteção do interesse público, hoje passa não só a se preocupar, mas também a se fundar em valores como o respeito dos direitos e da dignidade da pessoa humana. Como sustenta JUSTEN FILHO, nesse sentido, “Tudo evidencia que a questão não reside num ‘interesse público’, de

⁴⁰⁰ “Nunca existiu um critério de rigor lógico e satisfatório capaz de designar claramente a distinção, pretendida pela dogmática jurídica, entre Direito Público e Direito Privado. A separação, de cunho eminentemente prático, está estabelecida desde o Direito Romano e tem por função – como também têm os outros vários conceitos, divisões e classificações – estabelecer dogmaticamente segurança e certeza para a tomada de decisão. Mas qualquer critério que se buscasse para a divisão não conseguia apresentar de forma definitiva uma eventual linha divisória que existiria entre os dois ramos disputados. O interessante neste assunto é que não se vislumbrava a linha divisória ao nível de realidade concreta, ao nível de aplicação real e efetiva do Direito; tampouco se conseguia fazê-lo em nível teórico e abstrato. Toda tentativa revela-se frustrada”. NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 120-121.

⁴⁰¹ PERLINGIERI, PIETRO. *Perfis do direito civil*. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 53. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Aparentamentos sobre a aplicação das normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre particulares. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. BARROSO, Luís Roberto (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 120. MARTINS-COSTA, Judith. Os Direitos Fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. SARLET, Ingo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 70. TEPEDINO, Gustavo. Itinerários para um imprescindível debate metodológico. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n.º 35. Rio de Janeiro: Padma, julho/setembro, 2008, p. iv. ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do Direito Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p. 42.

⁴⁰² ITURRASPE, Jorge Mosset. *Cómo contratar em uma economía de mercado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 80 e segs.

conteúdo obscuro. O ponto fundamental é a questão ética, a configuração de um direito fundamental. Ou seja, o núcleo do direito administrativo não reside no interesse público, mas nos direitos fundamentais”.⁴⁰³

Diante dos novos contornos constatados no campo do Direito da responsabilidade civil, que deve pautar-se tanto no tradicional binômio *dano-reparação* como também, num renovado binômio *prevenção-dano*, resta evidenciado o seu comprometimento no combate à violação dos direitos, a ser instrumentalizado por mecanismos cada vez mais diferenciados e eficazes, a serem gradativamente implementados por via legislativa e ou jurisdicional, em complementação à já tradicional e imprescindível atividade regulatória, desempenhada em especial pelo direito penal e pelo direito administrativo.⁴⁰⁴

Ademais, a regulação privada viabilizada pelo Direito de responsabilidade civil tem, dentre outras vantagens, a de poder atuar mais direta e objetivamente sobre os próprios interessados, independentemente da tradicional burocracia que caracteriza a regulação pública, como anota GOLDBERG:

A imposição de obrigações proporciona um regime de regulação que opera, quando funciona bem, reforçando as normas sociais ao invés dos preços Holmesianos. Ao impor obrigações legais cujos contornos básicos já são conhecidos, o Direito aumenta a sua própria legitimidade. Isso também pode permitir que a regulação seja alcançada com menor dependência da burocracia, que deve confiar em cenouras e paus para impor padrões de comportamento alienígenas. O ponto não é que outras formas de regulação sejam indesejáveis ou inadequadas. Ao invés, é que a responsabilidade civil pode reivindicar como uma de suas vantagens que, na medida em que regula o comportamento, fá-lo sem a necessidade de um aparato administrativo elaborado.⁴⁰⁵

⁴⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 45. Na mesma direção anota Ricardo Luis LORENZETTI, “O direito administrativo está assistindo a uma mudança relevante em seu sistema de fontes devido à incorporação dos tratados de direitos humanos”, *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 41.

⁴⁰⁴ Para o European Centre of Tort and Insurance Law together Research Unit for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences, “*the only appropriate comparison is between the relative capacities of tort and regulation to induce optimal care.*” Tradução livre: “A única comparação apropriada entre a responsabilidade civil e regulação é relativa a capacidade para induzir ‘optimal care’”. BOOM, Willem H. Van; LUKAS, Meinhard, KISSLING, Christa (ed.). *Tort and regulatory law*. New York: Springer, 2007, p. 378.

⁴⁰⁵ GOLDBERG, John C.P. The Constitutional Status of Tort Law: Due Process and the Right to a Law for the Redress of Wrongs. *The Yale law journal* n. 115, 2005, p. 609. Tradução livre. “The imposition of obligations provides a scheme of regulation that operates, when working well, by reinforcing social norms rather than by Holmesian prices. By imposing legal obligations whose basic contours are already recognizable, the law enhances its own legitimacy. It also may permit regulation to be achieved with less reliance on bureaucracy, which must rely on carrots and sticks to impose alien standards of behavior. The point is not that other forms of regulation are undesirable or

Entretanto, parece lógico que apesar dessa complementariedade exercida pelo Direito Privado em relação à regulação pública, a depender da específica área de proteção, haverá predileção ou, quando menos, maior facilidade de operacionalização desta ou daquele.

De fato, como assevera SHAVELL relativamente à prevenção da ocorrência das externalidades negativas, a regulação administrativa se demonstraria mais vantajosa quando comparada ao sistema da responsabilidade civil, na medida em que, além de os custos administrativos serem mais baixos para evitar a ocorrência de lesão,⁴⁰⁶ não se apostaria na eventualidade da reparação do sistema de responsabilidade civil.⁴⁰⁷

Apesar disso, SHAVELL ainda considera essencial a conjugação da regulação pública com o sistema da responsabilidade civil para um maior e mais adequado controle das atividades potencialmente danosas:

Regulação e o sistema da responsabilidade são ferramentas proeminentes que a sociedade emprega para controlar as externalidades. O Estado usa uma vasta matriz de dispositivos regulatórios: regulações seguras para comida e drogas, produtos consumidos, e os lugares de trabalho; limite de velocidade e outras regras de segurança do trânsito; decretos de zoneamento que regem a estrutura física e o uso dos prédios; e assim por diante. Responsabilidade por danos é apenas onipresente; indivíduos e empresas são potencialmente responsáveis por praticamente todos os tipos de danos. A injunção é um pouco limitada em seu alcance, aplicando apenas quando uma vítima potencial ou real estabelece a existência de um perigo substancial e contínuo. Os subsídios são utilizados com pouca frequência, e as taxas corretivas são usadas raramente, apesar de comercializáveis direitos de poluição tenham sido empregados para controlar problemas específicos de poluição.⁴⁰⁸

inappropriate. Rather, it is that tort law can claim as one of its advantages that, insofar as it regulates behavior, it does so without requiring an elaborate administrative apparatus.”

⁴⁰⁶ Aliás, afirma-se que uma das principais diferenças entre a responsabilidade civil e a regulação pública diz respeito aos custos administrativos. SCHÄFER, Hans-Bernd e OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar, 2004, p. 267. No mesmo sentido, consultar a obra do European Centre of Tort and Insurance Law together Research Unit for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences. BOOM, Willem H. Van; LUKAS, Meinhard, KISSLING, Christa (ed.). *Tort and regulatory law*. New York: Springer, 2007, p. 381 e segs.

⁴⁰⁷ SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987, p. 277 e segs.

⁴⁰⁸ SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 101. Tradução livre. “Regulation and liability system are the preeminent tools that society employs to control externalities. The state uses a vast array of regulatory devices: safety regulations for food and drugs, consumer products, and the workplace; speed limits and other traffic safety rules; zoning ordinances governing the physical structure and use of buildings; and so forth. Liability for harm is also omnipresent; individuals and firms are potentially liable for virtually all kinds of harm. The injunction is somewhat limited in scope, applying only when a potential or actual

Portanto, não parece justificável, nem mesmo razoável defender a exclusividade ou a preponderância da adoção de um ou de outro sistema de regulação (público ou privado) para a proteção preventiva dos direitos, como se fossem excludentes. Em verdade, a combinação da responsabilidade civil e da regulação é suscetível de aumentar a probabilidade do nível desejado de segurança a ser induzida.⁴⁰⁹

Da mesma forma, também não se contesta a primazia do desempenho da função originariamente pública no que diz respeito ao desenvolvimento de políticas públicas de regulação, mesmo porque “a evidência empírica sugere que a lei da responsabilidade nem sempre funciona como a análise econômica do direito prevê. (...) O sistema de direito civil não é necessariamente concebido para prevenção, particularmente se o sistema de seguro não é suficientemente diferenciado”.⁴¹⁰

Por outro lado, o que parece imprescindível é a verificação das reais possibilidades abertas pela exurgência da responsabilidade civil preventiva quanto à instauração de um sistema protetivo dos direitos, capaz de deflagrar uma autêntica regulação privada.

Se o Direito da responsabilidade civil, de fato, até recentemente não foi pensado para viabilizar a prevenção dos danos (daí, portanto, a inexistência ou a insuficiência de mecanismos regulatórios privados para a atuação concreta dos direitos), isso não quer dizer que não deva ou não mereça, por via de um redimensionamento evolutivo, passar a ser assim instrumentalizado.

victim establishes the existence of a fairly substantial and continuing danger. Subsidies are utilized relatively infrequently, and corrective taxes are used rarely, although marketable pollution rights have been employed to control specific pollution problems”.

⁴⁰⁹ De acordo com o European Centre of Tort and Insurance Law (Research Unit for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences), muito embora em alguns casos os regimes sancionatórios sejam preferíveis, visto que pela regulação se torna possível alcançar o resultado desejado a um custo menor, há todavia duas vantagens que podem tornar a responsabilidade civil preferível à regulação: os princípios que regem a responsabilidade civil são mais genéricos e, portanto, mais flexíveis, adaptando-se melhor a casos individuais e à evolução tecnológica; e o fato de as vítimas exercerem papel ativo no sistema de responsabilidade, na medida em que estão interessadas em receber a reparação, o que motiva uma possível melhor aplicação do regime de responsabilidade. BOOM, Willem H. Van; LUKAS, Meinhard, KISSLING, Christa (ed.). *Tort and regulatory law*. New York: Springer, 2007, p. 389.

⁴¹⁰ “All in all, the empirical evidence suggests that liability law does not always function as the economic analysis of law predicts. The policy implications of such studies should not be overlooked. The civil law system is not necessarily designed for deterrence, particularly if the insurance system is not sufficiently differentiated.” SCHÄFER, Hans-Bernd e OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar, 2004, p. 261-267.

Como adiante se busca demonstrar, há diversos mecanismos que, uma vez implementados no Direito da responsabilidade civil, podem conduzir a uma efetiva regulação privada,⁴¹¹ apta a gerar não apenas cada vez melhores e mais simplicados processos reparatórios às vítimas como, previamente, a prevenção da violação dos direitos, não apenas por via da tradicional função normativa, mas também, pela aplicabilidade de instrumentos inibitórios materiais.

⁴¹¹ ITURRASPE afirma que a privatização e a desregulação constituem instrumentos aptos a uma delegação de funções por parte do Poder Público, apontando, contudo, para uma indesejável e perigosa radicalização quanto ao tema da regulação privada influenciada pelo mercado: *“La ‘privatización’ y ‘desregulación’ há de conducir a la creación de un Derecho Privado como ‘Derecho económico empresario’. Ello significa que el ‘Derecho del Estado’ cederá su lugar al ‘Derecho de los empresarios’, la parte fuerte en el mercado; que la regulación jurídica, que apunta a la justicia y a la equidad, se dejará de lado, reemplazada por ‘criterios económicos’, de los cuales es buen modelo la denominada ‘interpretación económica del Derecho’.* Tradução livre: *“A privatização e a desregulação devem conduzir à criação de um Direito Privado como “Direito econômico empresarial”. Isso significa que o Direito do Estado cederá seu lugar ao Direito dos empresários, a parte forte do mercado; que a regulação jurídica, que aponta à justiça e à equidade, será deixada de lado, substituída por ‘critérios econômicos’, dos quais é um bom modelo a denominada interpretação econômica do Direito.”* ITURRASPE, Jorge Mosset. *Cómo contratar em uma economía de mercado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 85.

4. A REFUNDAMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PREVENÇÃO

*A prevenção, com o caráter de intimidação, visando a evitar o dano, dá à responsabilidade civil o aspecto de meio relacionado ao futuro; enquanto a restituição lhe atribui um meio ligado ao passado, porque trata de restaurar. Ora, entre esses dois termos fica, como contemplação presente da responsabilidade civil, a manutenção do equilíbrio social, que se afere de acordo com a ordem jurídico-política vigente. Parece-nos preferível colocar, como fundamento primário da responsabilidade civil, o interesse da manutenção do equilíbrio social estabelecido, porque contém os dois elementos.*⁴¹²

4.1 A RELEITURA CONCEITUAL DA RESPONSABILIDADE E DE SEUS ELEMENTOS

4.1.1 A responsabilidade civil preventiva a partir da releitura do próprio conceito de responsabilidade

O primeiro e talvez mais importante obstáculo contra a pretensão de refundamentação do Direito da responsabilidade civil diz respeito a um exacerbado e insustentável conceitualismo, que ofusca qualquer tentativa endereçada à imprescindível tarefa de reconstrução dos institutos jurídicos, em busca de constantes readaptações teóricas e pragmáticas, coordenadas em função das dinâmicas alterações dos valores e das necessidades sociais.⁴¹³

Se a responsabilidade civil tem sido compreendida e aplicada com a finalidade de reprimir aqueles que mediante comportamentos antijurídicos

⁴¹² DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

⁴¹³ Observa Orlando GOMES que "Como resultado dessa incapacidade de reconstrução, a técnica jurídica permaneceu praticamente estacionária. Ainda hoje o exame frio de seus elementos, mesmo nos códigos mais recentes, revela o seu atraso. Verdadeiramente, quem desconhecesse as mutações operadas na aplicação dos conceitos jurídicos teria a impressão de que o Direito é quase o mesmo que vigorava no começo do século XIX. As tentativas feitas para a sua remodelação caracterizam-se pela falta de imaginação. (...) De todos os vícios que a contaminam, nenhum mais grave, nas suas conseqüências, do que a deliberada dissimulação das transformações que agitam a ordem jurídica atual, na sua evolução irresistível. Por dois processos se vem conseguindo esse objetivo. O primeiro consiste na preservação do *vocabulário jurídico*, por sua defesa intransigente contra qualquer inovação terminológica. O segundo, no abuso das *ficções*. Conservando as mesmas palavras para designar situações diferentes, evita-se que 'a massa dos homens adquira consciência imediata das transformações sociais'. A evolução do Direito privado e o atraso da técnica jurídica. *Revista Direito GV*, v. 1, maio, p.121-134, 2005, p. 122 e 130.

provocaram danos a outrem, isso não quer dizer que a noção a respeito do que constitua “ser responsável” apenas tenha correlação com os danos ou com o passado, comprometendo-se com uma visão restritiva e retrospectiva da vida social.⁴¹⁴

Mas, qual seria então precisamente o objeto do Direito da responsabilidade civil? O que significa ser “responsável civilmente”? Constituiria a responsabilidade tão somente a imputação de alguém para fins de responder patrimonialmente pelos danos causados injustamente a outrem, por ações ou omissões antijurídicas? Seria o seu papel único e exclusivo a elaboração de mecanismos que propiciem uma ótima repressão dos danos para atender a um objetivo de plena indenização das vítimas, não se olvidando a necessidade de se enxergar os infratores sob uma ótica “humanizante”?

As respostas oferecidas tradicionalmente a tal ordem de indagações a respeito do significado e do alcance da expressão “responsabilidade civil”, parecem revelar-se, quando menos, intrigantes, ao serem confrontadas com a realidade atual das relações sociais e com a pretensão de utilidade e adequação do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, observe-se que a compreensão do sistema de responsabilidade civil como mecanismo de reparação de danos, a atuar somente após a violação do Direito, afeiçoa-se coerente com uma visão distorcida e já ultrapassada segundo a qual o próprio direito subjetivo só surgiria a partir da violação da norma.⁴¹⁵

Foi precisamente essa visão distorcida a respeito do significado de responsabilidade que tornou impossível a compreensão de que as pessoas têm o direito de exigir proteção não apenas repressiva (já na condição de “vítimas” de danos), mas também preventiva (com cada vez maiores razões e justificativas), o

⁴¹⁴ Acerca do início da utilização da palavra “responsabilidade”, consultar, EWALD, François. *Responsabilité – Solidarité – Sécurité: La crise de la Responsabilité en France à la fin du XX^e siècle*. DUBUISSON, B. (Coord.). *Responsabilité Civile Approfondie*. V. 1, Louvain-La-Neuve: UCL, 1996, p. 11.

⁴¹⁵ Como lembra Ovídio Baptista da SILVA, criticando o compromisso com o *normativismo* que inspirou a conceituação do direito nos séculos XIX e XX, “o direito subjetivo surgiria somente depois de a norma ser violada. Este modelo de compreender o que denominamos «direito material», além de restringir-lhe o conteúdo, ainda suprime as formas de tutela preventiva. A violação da norma era pressuposto para que o conceito de «direito subjetivo» se compusesse”. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 170.

que levou à estatuição de um sistema de responsabilidade civil praticamente todo voltado à reparação do dano.

Desta forma, o reducionismo com o qual foi construído o tradicional Direito da responsabilidade civil acabou por legitimar proteção exclusivamente às vítimas, negando legitimidade para quem quer que fosse pleitear a prevenção contra a violação dos direitos, como se pode inferir da análise feita por GOLDBERG:

Construído como um direito de reparação de danos, o direito da responsabilidade civil também confere aos indivíduos um certo *status*, vis-à-vis do governo e dos outros cidadãos. A responsabilidade civil envolve um literal fortalecimento das vítimas – confere-lhes legitimidade para exigir uma resposta para o seu maltratamento. Nesse sentido, ela afirma suas condições de pessoas que têm direito de não ser maltratadas pelos outros. Ela também afirma que uma vítima é uma pessoa que tem o direito de fazer exigências ao governo. Uma vítima requerente pode insistir que o governo proporcione a ela a oportunidade de prosseguir uma reivindicação para a finalidade de defender interesses básicos, mesmo que funcionários do governo não estejam inclinados a fazê-lo. *Ex-ante* regulações de proteção, muito embora possam proteger os indivíduos dos riscos de serem injustamente prejudicados, não conferem o mesmo tipo de legitimidade. Com efeito, possíveis beneficiários de tal regulação normalmente não têm o direito de exigir que a regulação seja aplicada em seu benefício, ou mesmo que as regulações existentes sejam impostas. Assim, a responsabilidade civil contribui para a legitimidade política. Como um fórum que é, em princípio, disponibilizado para qualquer pessoa que tenha sido vítima de uma certa maneira, a responsabilidade civil demonstra aos cidadãos que o governo tem um certo nível de preocupação por suas vidas, liberdades e perspectivas.⁴¹⁶

Parece evidente que uma tal visão de legitimação política do Estado, que se pretende abrir pela aplicação do Direito da responsabilidade civil apenas a quem já ostenta o *status* de “vítima”, não reflete as necessidades sociais da atualidade,

⁴¹⁶ GOLDBERG, John C.P. The Constitutional Status of Tort Law: Due Process and the Right to a Law for the Redress of Wrongs. *The Yale law journal*, n. 115, 2005, p. 607. Tradução livre. “*Construed as a law for the redress of wrongs, tort law also confers on individuals a certain status vis-à-vis government and other citizens. Tort law involves a literal empowerment of victims—it confers on them standing to demand a response to their mistreatment. In this sense it affirms their status as persons who are entitled not to be mistreated by others. It also affirms that a victim is a person who is entitled to make demands on government. A tort claimant can insist that government provide her with the opportunity to pursue a claim of redress for the purpose of vindicating basic interests even if government officials are not inclined to do so. Ex ante safety regulations, even though they may protect individuals at risk of being wrongfully harmed, do not confer the same sort of standing. Indeed, intended beneficiaries of such regulations usually have no right to demand that the regulations be enacted for their benefit, or even that existing regulations be enforced. As such, tort law contributes to political legitimacy. As a forum that is in principle available to anyone who has been victimized in a certain way, tort law demonstrates to citizens that the government has a certain level of concern for their lives, liberties, and prospects.*”

relativas à ampla e integral tutela dos direitos, o que passa, necessariamente, pela reconceituação do sentido e do alcance da noção de responsabilidade.⁴¹⁷

Nessa perspectiva, é interessante anotar como se deu o processo de desenvolvimento histórico da noção genérica e jurídica de responsabilidade, fortemente influenciada pelo moralismo, conforme SEGUÍ:

Juridicamente falando, e em sentido estrito, se diz responsável aquele que por não haver cumprido (com sua obrigação) é reclamado a indenizar. E a expressão 'responsabilidade civil' designa em linguagem jurídica atual, o conjunto de regras que obrigam o autor de um dano causado a outrem a reparar o prejuízo, oferecendo à vítima uma compensação. A construção da ideia de responsabilidade foi fruto da escola histórica alemã e da filosofia kantiana, por quem a noção tomou seus ingredientes de consciência ou a razão específica da natureza humana. A Lei Moral, uma vez dessacralizada e tornada filosófica conserva sua primazia e se perpetua através de toda a época moderna constituindo-se, assim, na pedra angular do ordenamento jurídico. A responsabilidade jurídica foi situada sob a égide de uma responsabilidade moral e marcou, em graus diversos, os diferentes tipos de responsabilidade: seja a que trata de danos cometidos pela autoridade pública, pelos particulares, dentro da responsabilidade administrativa ou civil, ou se busca infligir uma pena em matéria de responsabilidade disciplinar ou penal. Em sua concepção original, a 'responsabilidade civil' foi tingida pelo moralismo da época, significando o dever de indenizar os danos causados culposamente a outrem. E desde esse momento, os seguidores do Código vincularam imprescindivelmente a instituição com a 'culpabilidade', do mesmo modo que negaram a possibilidade de embasar a imputação em outro fator que não fosse o subjetivo.⁴¹⁸

⁴¹⁷ “Esse é o papel da doutrina. Nesta fase da história, reconhecendo que os conceitos extraídos do Direito positivo do século XIX não coincidem com a realidade social dos dias hodiernos, não atendem às atuais exigências econômicas, não respondem às novas necessidades sociais e não satisfazem aos reclamos da consciência coletiva, a missão dos juristas é substituí-los corajosamente. Adaptar o novo ao velho, tomando as suas idéias e os seus preconceitos como a medida das cousas, é processo de frustração.” GOMES, Orlando. A evolução do Direito privado e o atraso da técnica jurídica. *Revista Direito GV*, v. 1, maio, p.121-134, 2005, p. 132.

⁴¹⁸ Tradução livre. “*Jurídicamente hablando y en sentido estricto, se dice responsable a aquél que por no haber cumplido se le reclama indemnización. Y la expresión "responsabilidad civil" designa en el lenguaje jurídico actual, el conjunto de reglas que obligan al autor de un daño causado a otro a reparar el perjuicio, ofreciendo a la víctima una compensación. La construcción de la idea de responsabilidad fue fruto de la escuela histórica alemana y de la filosofía kantiana, por lo que la noción tomó sus recursos de la conciencia o la razón específica de la naturaleza humana. La Ley Moral, una vez desacralizada y devenida filosófica conserva su primacía y se perpetúa través de toda la época moderna constituyéndose así en la piedra angular del orden jurídico. La responsabilidad jurídica, fue ubicada bajo la égida de una responsabilidad moral y marcó en grados diversos, los diferentes tipos de responsabilidad: ya sea que se tratara de los daños cometidos por la autoridad pública, por los particulares, dentro de la responsabilidad administrativa o civil, o se persiguiera infligir una pena en materia de responsabilidad disciplinaria o penal. En su concepción original, la "responsabilidad civil" estuvo teñida del "moralismo" de la época significando el deber de indemnizar los daños causados culposamente a otro. Y desde ese momento, los seguidores del Code vincularon de manera inescindible la institución con la "culpabilidad", del mismo modo que negaron la posibilidad de basar la imputación en otro factor que no fuera el subjetivo.*” SEGUÍ, Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 52, p. 267, Out/2004, p. 270-271.

A partir de uma visão ética da responsabilidade, suscitada originalmente por Max WEBER,⁴¹⁹ a compreensão sobre o que consiste “ser responsável” desamarra-se espacial e temporalmente, implicando a possível construção de uma renovada noção jurídica comprometida com a proteção dos valores existenciais do ser humano do presente e do futuro.⁴²⁰

A ética da responsabilidade implica constantes reflexões sobre a dinâmica dos direitos e deveres socialmente incidíveis não apenas sobre os indivíduos que se inter relacionam diretamente, como também sobre indivíduos que dependem do equilíbrio geral das relações humanas e, portanto, por elas se responsabilizam.

Como aponta ARON, “a ética da responsabilidade é aquela que o homem de ação não pode deixar de adotar; ela lhe ordena a se situar numa situação, a prever as consequências das suas possíveis ações e decisões e a procurar introduzir na trama dos acontecimentos um ato que atingirá certos resultados ou determinará certas consequências que desejamos.”⁴²¹

Parece, pois, que em sentido lógico e atual, a própria locução “responsabilidade civil” aponta para um sistema legal que se ocupe do regramento de comportamentos humanos (comissivos ou omissivos) com vistas não apenas à garantia do ressarcimento dos prejuízos indevidamente causados a outrem, mas, antes e paralelamente a isso, também a evitá-los, da melhor forma possível.

A revisão dos institutos jurídicos tem por base as necessidades espaciais e temporais da sociedade. Se por um lado o instituto da responsabilidade civil foi cunhado ao longo dos tempos sob a égide de uma ideologia liberal assentada no patrimonialismo, responsável pela falsa ou insatisfatória afirmação da suficiência da solução indenizatória contra toda ordem de danos suportados pelas vítimas, por outro lado, a verificação da inviabilidade de indenização apropriada contra a violação dos direitos fundamentais e extrapatrimoniais parece forçar a reformulação do

⁴¹⁹ Segundo o jusfilósofo alemão, “O partidário da ética da responsabilidade, (...) contará com as fraquezas comuns dos homens (pois, como dizia muito precedentemente Fichte, não temos o direito de pressupor a bondade e a perfeição do homem), e entenderá que não pode lançar a ombros alheios as consequências previsíveis de suas próprias ações. Dirá, portanto “Essas consequências são imputáveis à minha própria ação”, WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octavio Silveira da Mota, São Paulo: Cultrix, 1993, p. 113.

⁴²⁰ Sobre o conceito ético de responsabilidade, consulte-se JONAS, Hans. *Le principe responsabilité: une éthique pour la civilisation technologique*. Trad. Jean Greich. 3 éd., Paris: Ed. Du Cerf, 1993; RICOEUR, Paul. *Le concept de responsabilité – Essai d’analyse sémantique. Le juste*. Paris: Ed. Esprit, p. 41-70, 1995; e LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. *L’éthique de la responsabilité. Revue Trimestrielle de Droit Civile*, Paris n.º1, jan.-mars, 1998.

⁴²¹ ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. Trad. Sérgio Bath. 4ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1993, p. 487.

sistema de responsabilidade civil, a começar pela própria redefinição conceitual do instituto.

Nesse sentido, TUNC relembra que os institutos jurídicos (e, dentre eles, o direito da responsabilidade civil) existem para servir ao aprimoramento da regulação das relações sociais e, portanto, devem naturalmente estar abertos a mudanças, por vezes legislativas, por vezes judiciais:

Que existe uma área do direito referente a dano, danos ou responsabilidade civil, isso é claro para o jurista como para o homem da rua. Na medida em que se esforça, assim, para definir o conceito ou mesmo analisar seus elementos, entramos num quarto de espelhos. O conteúdo da responsabilidade civil foi historicamente determinado pelos juízes; ele continua a evoluir, muito rapidamente, por conta do seu desejo de responder às aspirações sociais. O legislador tem ele mesmo intervindo em relação a certos problemas.⁴²²

O conceito de responsabilidade, como ademais os conceitos em geral, pertence ao mundo das ideias, dentro do qual deve ser constantemente criticado, atualizado ou recriado, não possuindo intrinsecamente qualquer valor normativo enquanto não afetado pelo direito positivo.⁴²³ Como afirma GOMES, “o Direito é eminentemente conceitual. Precisa das noções gerais. Sem elas, não seria possível entendê-lo. O que se quer é que essas abstrações sejam imbuídas de dados da realidade, para que não percam o seu sentido funcional”.⁴²⁴

⁴²² TUNC, Andre. *La responsabilité civile*, Paris, 2ª ed., Economica, 1989, p. 18. Tradução livre. “*Qu’il y a un domaine de droit que soit celui de torts, du tort ou de la civil liability, cela est claire pour le juriste comme pour l’homme de la rue. Dès qu’on s’efforce, pourtant, de définir le concept ou même d’en analyser les éléments, on entre dans le cabinet des miroirs. Le contenu de la responsabilité civile a été historiquement déterminé par les juges; Il continue à évoluer, assez rapidement même, par la suite de leur désir de répondre aux besoins sociaux. Le législateur lui-même est intervenu dans certains problèmes*”.

⁴²³ Conforme Catherine THIBIERGE, “Se a filosofia pode ser a inspiração do direito, transformando particularmente a história humana, ela lhe mostra uma abertura natural do conceito de responsabilidade para o futuro, que um número crescente de atores da sociedade civil releem com força. No entanto o conceito, instrumento de conhecimento e de compreensão, participa do mundo da ideias, e não possui em si mesmo nenhum valor normativo. Ele pode todavia se concretizar no direito positivo e se traduzir sob a forma de uma noção jurídica, suscetível de produzir efeitos de direito”. Tradução livre. “*Et si la philosophie peut se faire l’inspiratrice du droit en ce tournant si particulier de l’histoire humaine, elle lui montre l’ouverture naturelle du concept de responsabilité vers le futur, qu’un nombre croissant d’acteurs de la société civile relayent avec force. Cependant le concept, instrument de connaissance et de compréhension, participe du monde des idées, et ne possède en lui-même aucune valeur normative. Il peut pourtant se concrétiser dans le droit positif et se traduire sous la forme d’une notion juridique, susceptible quant à elle de produire des effets de droit*”. *Avenir de la responsabilité, responsabilité de l’avenir*. Recueil Dalloz. Chronique, Paris, n. 9, mars, p. 577-582, 2004.

⁴²⁴ Acresce referido autor que “os conceitos são *mutáveis*, porque inferidos da observação das necessidades sociais pela mentalidade dominante. Esses conceitos evolutivos são os que

Em inúmeros sentidos, pois, parece impensável constranger o conceito de responsabilidade aos estreitos e insatisfatórios limites das relações interpessoais individuais, como se fosse possível ignorar a crescente interferência que cada indivíduo passou a ter na vida de qualquer outro ou de todos os componentes do corpo social, na exata proporção do aumento de instrumentos de interação na sociedade tecnológica e globalizada do século XXI.

Todavia, a adesão a essa nova ética da responsabilidade implica a sempre difícil superação de paradigmas ideológicos, políticos e técnicos, comprometidos com a manutenção das coisas como elas “são” ou “devem estar”, como sintetiza THIBIERGE:

À necessidade ética e vital, reconhecida por um crescente número de atores da vida da sociedade civil, de antecipar as ameaças de maiores danos ao meio ambiente e à saúde, certos juristas opõe uma resistência técnica, invocando a desnaturação que resultaria da responsabilidade civil, estando ela voltada para o passado e assim devendo permanecer. Da revirada do conceito filosófico de responsabilidade para futuro à expansão da noção de responsabilidade jurídica, a fim de prevenir esses riscos, ou seja, da exigência ética à obrigação jurídica, existe uma barreira que a potência das forças criadoras em jogo convida a cruzar e que a emergência de um direito articulado flexivelmente pelos princípios de precaução e de prevenção permite tecnicamente efetuar.⁴²⁵

A superação do paradigma da responsabilidade exclusiva pelo passado e a preocupação com a responsabilidade pelo futuro esta na base da construção da responsabilidade civil preventiva, fundamentando-a na medida em que cria renovadas perspectivas de atuação do sistema jurídico, não mais apenas para indenizar danos produzidos por comportamentos pretéritos, mas sobretudo medidas

definem o processo de desenvolvimento do Direito. (...) Dêsse modo, a exata conceituação é o processo técnico mais preciso para favorecer e, por vêzes, precipitar a evolução jurídica.” GOMES, Orlando. A evolução do Direito privado e o atraso da técnica jurídica. *Revista Direito GV*, v. 1, maio, p.121-134, 2005, p. 127.

⁴²⁵ Tradução livre. “A la nécessité éthique et vitale, reconnue par un nombre croissant d'auteurs et d'acteurs de la société civile, d'anticiper les menaces de dommages majeurs à l'environnement ou à la santé, certains juristes opposent une résistance technique, invoquant la dénaturation de la responsabilité civile qui en résulterait, cette dernière étant principalement tournée vers la réparation et devant le rester. Du basculement du concept philosophique de responsabilité vers l'avenir (I), à l'expansion de la notion de responsabilité juridique (II), afin de prévenir ces risques, c'est-à-dire de l'exigence éthique à l'obligation juridique (III), il y a un pas que la puissance des forces créatrices en jeu invite à franchir et que l'émergence d'un droit souple articulé autour des principes de précaution et de prévention permet techniquement d'effectuer. THIBIERGE, Catherine. *Avenir de la responsabilité, responsabilité d'avenir*, Recueil Dalloz. Chronique, Paris, n. 9, mars, 2004, p. 15.

para evitar ou conter práticas passíveis de produzir danos ou fundado risco de danos sociais ou individuais graves e irreversíveis.

Assim, todas as alterações experimentadas pela sociedade dos séculos XX e XXI parecem forçar um redimensionamento do Direito da responsabilidade civil, mediante uma refundamentação preventiva, o que poderia implicar a exurgência de um novo Direito da responsabilidade que, segundo THIBIERGE, não seria qualificável exclusivamente como civil, penal ou administrativo, mas, sim, *responsabilidade jurídica*, não limitada por fronteiras temporais ou espaciais, voltada para o futuro, mediante a adoção de mecanismos eminentemente preventivos capazes de evitar a violação dos direitos fundamentais e suas irreparáveis consequências lesivas:

Alguns autores perceberam, desde o fim do século passado, a emergência de um terceiro tempo da responsabilidade: de uma responsabilidade sancionatória, fundada sobre a imputação de uma culpa e centralizada sobre o autor e seu comportamento danoso, dominante no século XIX, repassada – mas não substituída – por uma responsabilidade-indenização, fundada sobre o risco e centralizada sobre a vítima e sobre o dano sofrido, que marcou o século XX, estaria em vias de suceder – certamente sem substituir às duas precedentes –, uma responsabilidade-antecipação, fundada sobre a prevenção dos riscos mais graves e sobre a preservação dos interesses ambientais e bioéticos, e centralizada sobre as gerações atuais e futuras e, mais genericamente, sobre a vida. A questão de saber se nós possuímos juridicamente a capacidade de responder aos desafios atuais relacionados aos interesses essenciais da humanidade, elaborando uma responsabilidade jurídica do futuro, trata-se de questão de pura técnica. A imaginação dos juristas e as evoluções do direito da responsabilidade ao longo da história em geral e do período contemporâneo em particular, predignosticam sua capacidade de evolução e de responder às novas necessidades da sociedade tecnológica. Teremos politicamente, coletivamente, a vontade de fazê-lo? Tal questão, por mais que diga respeito à toda a coletividade humana e transpasse a esfera nacional, pode começar a encontrar resposta nessa escala.⁴²⁶

⁴²⁶ “*Quelques auteurs ont perçu, dès la fin du siècle précédent, l'émergence d'un troisième temps de la responsabilité: à une responsabilité sanction, fondée sur l'imputation d'une faute et centrée sur l'auteur et son comportement dommageable, dominante au XIXe siècle, relayée - mais non remplacée - par une responsabilité-indemnisation, fondée sur le risque et centrée sur la victime et sur le dommage subi, ayant marqué le XXe siècle, serait en voie de succéder - sans bien sûr se substituer aux deux précédentes -, une responsabilité-anticipation, fondée sur la prévention des risques majeurs et sur la préservation des intérêts environnementaux et bioéthiques, et centrée sur les générations actuelles et futures et, plus largement, sur le vivant. La question de savoir si nous avons juridiquement la capacité de répondre aux défis actuels mettant en jeu des intérêts essentiels de l'humanité, en façonnant une responsabilité juridique de l'avenir, cette question là est, finalement, de pure technique. L'imagination des juristes et les évolutions du droit de la responsabilité au cours de l'histoire en général et de la période contemporaine en particulier, laissent augurer de sa capacité d'évolution et de réponse aux nouveaux besoins de la société technologique. Aurons-nous politiquement, collectivement la volonté de le faire ? Cette question là, si elle concerne la collectivité humaine tout entière et dépasse donc la sphère nationale, peut cependant commencer à trouver*

Em que medida essa nova racionalidade pode ser reivindicada, ou é capaz de fomentar a abertura do sistema de responsabilidade, de modo a proporcionar o aprimoramento da tutela preventiva dos direitos, certamente suscita indagações cujas respostas dependem, prioritariamente, da predisposição dos juristas em aceitar a revisão de conceitos e premissas que, por estarem muitas vezes enraizadas tão profundamente, acabam se perpetuando.

4.1.2. A confusão entre responsabilidade, ilicitude, dano e dever de reparação

A incompreensão ou mesmo a rejeição da concepção de uma responsabilidade civil fundada na prevenção, e não apenas no dever de indenizar danos, em grande parte decorre da histórica e indevida confusão dos conceitos relativos à ilicitude, à culpabilidade, ao dano, à indenização e, conseqüentemente, à própria responsabilidade civil.

De fato, ao não se desatrelar adequadamente as noções acima destacadas, fica evidentemente inviável avançar-se científica e pragmaticamente, no sentido de uma verdadeira emancipação de um sistema jurídico que, ainda refém de doutrinas superadas ou ao menos hoje postas seriamente em xeque, ignora ou não consegue absorver em sua plenitude novas técnicas que se revelam imprescindíveis para a proteção dos direitos nos tempos atuais, tais como a tutela inibitória e a responsabilidade civil preventiva.

Precisamente neste sentido, o redimensionamento dos conceitos apontados tem constituído preocupação da doutrina, tanto no campo do Direito material como no do Direito processual, dada a notória necessidade de convergência entre ambos, sintetizada na relativização do binômio *Direito x processo*,⁴²⁷ que busca ressaltar os

réponse à cette échelle.” Tradução livre. THIBIERGE, Catherine. *Avenir de la responsabilité, responsabilité d’avenir*, Recueil Dalloz. Chronique, Paris, n. 9, mars, 2004, p. 21-22.

⁴²⁷ Conforme DINAMARCO, “Direito e processo constituem dois planos verdadeiramente distintos do ordenamento jurídico, mas estão unidos pela unidade dos escopos sociais e políticos, o que conduz à relativização desse binômio direito processo (substance-procedure). Essa é uma colocação acentuadamente instrumentalista, porque postula a visão do processo, interpretação de suas normas e solução empírica dos seus problemas, à luz do direito material e dos valores que lhe estão à base”, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 317.

perigos de uma absoluta autonomia científica capaz de desatrelar um e outro da realidade social.⁴²⁸

Para que se consiga compreender em que sentido a confusão conceitual constitui empecilho para a aceitação de uma refundamentação do instituto da responsabilidade civil, discriminaremos, a seguir, os essenciais dilemas gerados pelo próprio direito positivo.

4.1.2.1 Ilícitude e culpabilidade

O conceito de ilícitude, como parece evidente, constitui essencial ponto de partida para a construção de qualquer sistema de responsabilidade civil, na medida em que se deseje reprimir ou mesmo prevenir a ocorrência de danos às pessoas.⁴²⁹ Daí a grande relevância do tema, que se mostra extremamente controvertido nos dias atuais.

⁴²⁸ Sobre a relatividade da própria qualificação material ou processual das normas, notável a lição de Vittorio DENTI, ao concluir que *"la qualificazione come processuale o sostanziale di una data fattispecie non può essere univocamente ricondotta ad un astratto criterio sistematico, di immediata validità sul piano razionale, na appare assai spesso il frutto di valutazioni compiute dalla giurisprudenza (...). La relatività dei criterio discreitivo è data, quindi, dai suo porsi come valido solo in relazione ad una concreta soluzione dei conflitti di leggi, attuata storicamente, alla luce di determinati problemi politici e costituzionali (...). D'altronde, la relatività del criterio discreitivo risulta, oltre che dalla comparazione nello spazio dei diversi ordinamenti giuridici, dalla comparazione nel tempo: basti pensare all'evoluzione storica che ha portato ad allargare i confini dei "processo", sotto la spinta della concezione pubblicistica dei suoi fini, e ad affermare la natura processuale di norme e situazioni già considerate come 'sostanziali'. Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali. Rivista di Diritto Processuale, v. XIX, 1964, pp. 75-77. Tradução livre: "A classificação como processual ou material de uma dada hipótese fática não pode ser univocamente circunscrita a um abstrato critério sistemático, de imediata validade sob o plano racional, não é muitas vezes o resultado de avaliações feitas pela jurisprudência (...). A relatividade do critério descritivo é dada, então, por si só como válida apenas em relação a uma concreta solução dos conflitos das leis, historicamente implementadas à luz de determinados problemas políticos e constitucionais (...). Além disso, a relatividade do critério descritivo, mais do que a comparação no espaço dos diferentes ordenamentos jurídicos, a comparação no tempo: basta pensar na evolução histórica que levou a ampliar os limites do "processo", sob o sentido da concessão publicista dos seus fins, a afirmar a natureza processual das normas e situações já consideradas "substanciais".*

⁴²⁹ Como explica TRIMARCHI, *"La reazione che l'ordinamento giuridico appresta contro l'atto illecito mira preventivamente ad impedirne il compiersi, e sucessivamente ad eliminarne le conseguenza. Meglio prevenire che curare: è un ovvio principio di economia. Perciò, ancor prima che l'atto illecito sia compiuto, il diritto opera non solo con la minaccia della successiva sanzione, che può scoraggiare il comportamento vietato, ma anche con misure immediate volte ad impedire il comportamento lesivo o la lesione prima del loro verificarsi".* Tradução livre. "A reação que o ordenamento jurídico apresenta contra o ato ilícito visa preventivamente a impedir a realização, e sucessivamente a eliminar a sua consequência. Melhor prevenir que curar: é um óbvio princípio de economia. Portanto, mesmo antes que o ato ilícito seja realizado, o direito opera não apenas com a ameaça de uma sucessiva sanção, que pode desencorajar o comportamento vedado, mas também

Uma primeira aproximação conceitual sobre a ilicitude direciona para a ocorrência de atos que são praticados em desconformidade com a ordem jurídica (atos contrários ao Direito), denominados, portanto, de ilícitos. O suporte fático das normas jurídicas seria integrado tanto pelos atos conformes como pelos atos contrários ao Direito, sendo que cada uma dessas formas possuem consequências específicas nas relações jurídicas.⁴³⁰

A ilicitude, assim objetivamente observada, liga-se à contrariedade ao Direito, levando-se em consideração tão somente a conduta ou o fato em si mesmo, como afirma DANTAS, “O ilícito é a transgressão de um dever jurídico. Não há definição mais satisfatória para o ilícito civil”.⁴³¹ Em sentido amplo, assim, a ilicitude ou o ato ilícito é marcado de forma constante e inalterável pela contrariedade ao Direito e a imputabilidade do agente, requisitos que representam a própria essência da ilicitude.⁴³²

Apesar disso, todavia, a ilicitude também costuma ser explicada a partir de um critério subjetivo, relacionando-se, então, com a imputabilidade do ato contrário ao Direito à vontade de alguém, isto é, resultado da vontade do agente na prática do ato ilícito.⁴³³

Percebe-se, assim, a existência de uma dupla caracterização conceitual da ilicitude: *a)* uma ilicitude *lato senso*, ligada à noção objetiva de ato imputável a alguém que se revele contrário ao Direito; e *b)* uma ilicitude *stricto senso*, derivada da ideia subjetiva de ato contrário ao Direito imputável a alguém que tenha agido com culpa ou dolo.⁴³⁴

com medidas imediatas voltadas a impedir o comportamento lesivo ou a lesão antes que eles ocorram”. TRIMARCHI, Pietro. Illecito. *Enciclopedia del Diritto*, v. 20, p. 106.

⁴³⁰ TUHR, Andreas Von. *Teoría general del derecho civil alemán*. Trad. Tito Rava. Buenos Aires: Depalma, 1946, v.2, t. I. p.118. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 364 e segs. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 117.

⁴³¹ DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1978, p. 345.

⁴³² Marcos Bernardes de MELLO chega a sustentar que a “quando a doutrina se refere à culpabilidade, ao dano, ou ao dever de indenizar como dados caracterizadores do ilícito, comete o equívoco de confundir elementos completantes do núcleo do suporte fático com o seu próprio cerne”, *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 232. E, ainda, sobre o tema consultar ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 368 e segs.

⁴³³ Para Sérgio CAVALIERI FILHO, a ilicitude possui um duplo aspecto: no seu aspecto objetivo, leva-se em conta a conduta contrária à norma jurídica, negando os valores e os fins da ordem jurídica; e no seu aspecto subjetivo, a conduta decorre da vontade do agente, isto é, “quando o comportamento objetivamente ilícito for também culposos”. *Programa de responsabilidade civil*, 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 10.

⁴³⁴ Por outro critério classificatório, ainda, a ilicitude pode ser designada como “absoluta” ou “relativa”. O ilícito absoluto consubstancia-se quando não há em regra nenhum tipo de relação

Ambas as noções de ilicitude, apesar de parecer complementares, em verdade podem gerar imensos dilemas quando se trata de aplicá-las, por exemplo, como justificativa de um sistema de responsabilidade civil.

Como parece claro, a ilicitude, ao menos compreendida em sentido amplo, prescinde da culpa como elemento constitutivo.⁴³⁵ Entretanto, não tem sido, historicamente, esse conceito objetivo de ilicitude o mencionado pelo Direito positivo e, por consequência, por grande parte da doutrina. Ao contrário, tem sido a noção de ilicitude ligada à culpabilidade do agente a referida constantemente pelos diversos ordenamentos, geralmente quando da estatuição dos regimes de responsabilidade civil.⁴³⁶

Mas por que isso tem ocorrido? Por quais motivos a culpa tem sido designada como necessária ou elemento fundante do conceito de ilicitude?

A razão de tal ligação entre culpa e ilicitude pode ser atribuída, sem grande dificuldade, à tradicional *intenção repressiva* dos diversos sistemas jurídicos àqueles que, mediante comportamentos culposos ou dolosos, cometem atos considerados

jurídica entre o agente causador do ilícito e a vítima, geralmente envolvendo direitos da personalidade. De outra parte, o ilícito relativo ou contratual se caracteriza pela existência de uma relação jurídica entre o agente da ilicitude e o ofendido. No entanto, há ilícitos que decorrem de relações jurídicas, mas que não são contratuais, como, por exemplo, as relações de parentesco. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 238. Sobre o tema, consultar VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. I. 9ª ed., rev., e actual., Coimbra: Almedina, 1996, p. 171 e 191 e segs. Acerca das críticas feitas a referida classificação afirma PERLINGIERI: “a distinção entre situações absolutas e relativas tem portanto perdido a sua justificação histórica na medida em que, sob fundamento do dever de solidariedade e da consequente responsabilidade, cada um deve respeitar qualquer que seja a situação e o titular da mesma tem uma pretensão à sua conservação no confronto com qualquer uma destas”. PERLINGIERI, Pietro. *Profili del diritto civile*. 3 ed. Scienteificque Italiane, p. 127.

⁴³⁵ Conforme Marcos Bernardes de MELLO, a imputabilidade do agente deve ser considerada objetivamente e não vinculada à ideia de culpa: “a culpa não é elemento cerne da ilicitude, apesar de ser elemento completante do maior número de espécies ilícitas, (...) constitui erro relacionar a imputabilidade à culpa, porque há de ser considerada objetivamente, como qualidade atribuída pelo ordenamento jurídico às pessoas, portanto, efeito específico”. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 226. E, ainda, de acordo com Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, “(...) *Uma coisa é a ilicitude e outra a culpa*. (...) os conceitos de ilicitude e de culpa reflectem aspectos distintos da conduta do agente, posto que intimamente ligados, Pode dizer-se que a ilicitude encara o comportamento do autor do facto sob um ângulo objectivo, enquanto violação de valores defendidos pela ordem jurídica (juízo de censura sobre o próprio facto); ao passo que a culpa pondera o lado subjectivo desse comportamento, ou seja, as circunstâncias individuais concretas que o envolveram (juízo de censura sobre o agente em concreto)”. *Direito das obrigações*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 380.

⁴³⁶ Usualmente, portanto, a doutrina procura conceituar o ato ilícito no Direito privado apontando três elementos comuns, quais sejam, a conduta humana voluntária (ação ou omissão) vinculada à culpabilidade, a violação de um dever genérico de conduta e a ocorrência do dano gerando o dever de reparação. Nesse sentido, consultar GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 58.

contrários ao Direito. Daí, portanto, a imprecisa ou parcial designação de ilicitude como ato dependente da *culpa* de alguém.⁴³⁷

Vale dizer, ao menos no que diz respeito à implementação de um sistema de responsabilidade civil reparatória de danos, de início a ilicitude e a culpabilidade do agente restaram indissociadas, ainda que subsistissem hipóteses de indenização por atos que, embora considerados lícitos, acarretassem injusta lesão.⁴³⁸

Com a expansão dos sistemas de imputação objetiva da responsabilidade civil, todavia, tal ligação entre ilicitude e culpabilidade mereceu necessária revisão, na medida em que se passou a atribuir o dever de reparar danos por atos ilícitos praticados mesmo sem qualquer aferição a respeito da culpabilidade do responsável.

Para a compreensão de uma possível responsabilidade civil preventiva, tal como sustentada presentemente, de igual forma o conceito de ilicitude merece ser

⁴³⁷ Entretanto, a verificação da razão da histórica ligação entre ilícito e culpa não elide a necessária distinção entre as figuras, conforme aponta Antunes VARELA: “A culpa e a ilicitude são conceitos distintos. Abrangem aspectos diferentes, embora em certo sentido complementares, da conduta do autor do facto. Ambas elas exercem, como condicionantes da sanção civil, uma função reprovadora da conduta do prevaricador ou faltoso: a ilicitude, no aspecto geral e abstrato considerado pela norma legal; a culpa, no momento subjectivo, em que o julgador, ainda apoiado na lei, aprecia a reprovabilidade da conduta do agente (ou omitente), em face das circunstâncias concretas do caso”, *Das obrigações em geral*, Coimbra, Almedina, 1998, vol. I, p. 583. No mesmo sentido explica José de AGUIAR DIAS, “A noção do ato ilícito consagrada, em nosso Código, como fundamento da responsabilidade contratual e extracontratual, corresponde à tão discutida *faute*, do art. 1382 do Código Civil francês. Bem entendido: na sua acepção de erro ou, se quiserem admitir a tradução menos correta e mais próxima, de falta e não no sentido de culpa, que é o estado moral de quem pratica o ato ilícito. Esta observação, assim cremos, desfaz a confusão, real, ou suposta, entre a culpa e o ato ilícito, atribuída a alguns autores”. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. rev., atual. de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 562.

⁴³⁸ É a hipótese dos chamados “atos justificados”, em relação aos quais, nada obstante a norma jurídica excluir a ilicitude, ainda assim pode nascer a pretensão de reparação de danos gerados. Os principais atos lícitos danosos são os praticados em estado de necessidade, em legítima defesa, no exercício regular de direito e no cumprimento do dever legal. Conforme explica Fernando NORONHA “nem sempre, porém, a lícitude de tais ofensas apaga completamente a antijuridicidade: é o que acontece quando sejam lesados direitos de terceiros, isto é, outras pessoas, que não aquelas geradoras da situação concreta contra a qual se possa falar em atuação justificada. Neste caso, a circunstância de o ato justificado ser lícito não impede que seja antijurídica a consequência produzida: a lesão do direito da pessoa estranha que tiver sido atingida”. *Direito das Obrigações*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 373. No mesmo sentido, conforme Giselda Maria F. Novaes HIRONAKA, “hoje se fala, sem medo de errar, da indenizabilidade de danos resultantes do desempenho de atividade lícita, independentemente de culpa de quem quer que seja, podendo ser diretamente derivados até mesmo de fato jurídico, ambas situações – atividade lícita e fato jurídico, como caso fortuito e força maior – que, no passado, sempre mantiveram fora do alcance da obrigatoriedade indenizatória os mesmos que hoje se encontram na condição de responsáveis *ex lege*. Os exemplos entre nós brasileiros, mais significativos e que, no meu sentir, não deixam sobre de dúvidas a respeito do seu enquadramento sob esta modalidade nova, são a Lei 6.938/81, que trata da indenização ou reparação dos danos causados ao meio ambiente e a Lei 6.453/77 que dispõe sobre os danos causados por atividades nucleares”. *Novos rumos da satisfação reparatória. Direito Civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 279-292.

apreciado em seu sentido mais amplo, ou seja, desatrelado da noção de culpabilidade.⁴³⁹

4.1.2.2 A confusão entre ilicitude e dano

A confusão conceitual que obstaculiza a evolução da responsabilidade civil preventiva, contudo, não se restringe à pressuposição de que todo o ato, para ser considerado ilícito, deve ser compreendido na perspectiva da culpabilidade do agente.

Para além dessa confusão, ainda se deve anotar a inadequada correlação proposta usualmente entre os significados de ilicitude e dano, compreendidos geralmente como imprescindíveis para a configuração da responsabilidade civil, vale dizer, para a atuação da tutela jurisdicional.⁴⁴⁰

Isso foi percebido pela doutrina, tanto civilista como processualista, ao voltar seus olhos para o combate à ilicitude puramente considerada, por via da chamada *tutela inibitória* (adiante analisada), compreendida como técnica preventiva por excelência que se volta contra a prática, permanência ou reiteração da ilicitude, antecipando-se, assim, ao eventual dano concreto, que não é nem deve ser considerado pressuposto de atuação de referida técnica inibitória.

Foi precisamente a partir da desconexão dos conceitos de ilicitude, culpabilidade e dano que a doutrina italiana⁴⁴¹, precursora dos estudos sobre a tutela inibitória, galgou uma apurada construção de uma técnica processual

⁴³⁹ Conforme Flavia Portela PÜSCHEL, “A ilicitude é a qualidade da conduta contrária ao direito. A norma jurídica pode em certos casos exigir outros requisitos para que a conduta ilícita seja imputada, isto é, atribuída à responsabilidade de alguém. Mas, do fato de que a ilicitude não seja elemento suficiente para a imputação de responsabilidade não decorre que a ilicitude em si dependa da culpabilidade do agente”. PÜSCHEL, Flavia Portella. Responsabilidade civil objetiva: correção de trocas ineficientes ou repressão ao ilícito? Artigos (working papers) *DIREITO GV*. São Paulo: DIREITO GV, n. 46, mar. 2010, p. 09.

⁴⁴⁰ O dano sempre foi concebido como um elemento constitutivo do ilícito civil, entendimento que prevaleceu na concepção de Orlando GOMES para quem a ideia de se ater a conceitos puros, no caso de ilícito civil desassociado de dano, seria fazer com que o Direito “perca seu sentido prático”, GOMES, Orlando, *Responsabilidade Civil*. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 63.

⁴⁴¹ RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitória*. Padova: Cedam, 1987, p. 33 e segs.

verdadeiramente preventiva, hábil a proteger os direitos antes mesmo da violação geradora de eventuais danos.

Tal como no Brasil, o Direito civil italiano estatui o dever de indenizar decorrente da ilicitude em dispositivo ambíguo, objeto de intensos debates e críticas doutrinárias.⁴⁴²

É que tanto na Itália como no Brasil, como adiante se demonstra, as noções de ilicitude, dano e de responsabilidade civil comumente são apresentadas de forma unificada, conduzindo à ideia de que toda lesão a direitos pode ser estimada pecuniariamente. Nesse sentido, o ilícito não só estaria ligado à ideia de indenização pecuniária, como também ao fato danoso.

A associação do ilícito ao dano deriva do raciocínio de que a violação ao Direito exige uma proteção contra o dano, seja de modo específico, isto é, quando for possível a recomposição *in natura*, ou através do equivalente em dinheiro. Percebe-se, então, que a tutela somente poderia ser dirigida para a hipótese de ocorrência do dano, mas não teria sentido ou não seria ao menos justificável para a inibição ou a remoção do ilícito, quando ausente o evento danoso.⁴⁴³

Assim, a racionalidade do Direito da responsabilidade civil acabou sendo formatada, ao longo da história, sob o domínio da necessária correlação entre a ilicitude e o dano, na medida em que a única razão de instituir-se um regime de responsabilização residiria no dever de reparar prejuízos concretamente sofridos pelas vítimas.⁴⁴⁴

Como parece evidente, contudo, o dano deve ser compreendido como consequência empiricamente sentida no campo patrimonial ou extrapatrimonial de

⁴⁴² Trata-se do art. 2043 do código civil italiano, que estabelece o “Risarcimento per fatto illecito: Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”. Tradução livre: “Ressarcimento por fato ilícito: Qualquer fato doloso ou culposos que acarreta a outrem um dano injusto, obriga aquele que cometeu o fato a ressarcir o dano”.

⁴⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2 ed. São Paulo: Revsita dos Tribunais, 2008, p. 158.

⁴⁴⁴ Conforme bem descreve Judith MARTINS-COSTA, “Vivendo a ‘lógica proprietária’ e o patrimônio constituindo a categoria central do direito civil clássico, a doutrina elaborou a Teoria dos Atos Ilícitos em obediência à tradicional distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual: assim se estabeleceu a distinção entre o ilícito contratual, ou relativo, e o ilícito extracontratual (absoluto), sintetizado, este último, na expressão *neminem laedere* – ambas as noções sendo construídas a partir da noção de dano e de responsabilidade (contratual e extracontratual) patrimonial”. *Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil. Estruturas e rupturas em torno do art. 187*. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/4229/breves-anotacoes-acerca-do-conceito-de-ilicitude-no-novo-codigo-civil> – Acesso em 10/09/2011.

alguém, sendo, portanto, eventual e independente da ilicitude. Como bem descreve ARENHART,

O dano corresponde a alguma consequência prejudicial, sentida no mundo concreto, que pode resultar de uma conduta (positiva ou negativa, ação ou omissão) praticada. Como tal, é possível perfeitamente encontrar hipóteses de danos lícitos, como aquele decorrente da expropriação, independentemente de indenização, de imóveis particulares, pela União, em que se encontre cultivo ilegal de plantaspsicotrópicas (art. 243 da CF).⁴⁴⁵

De fato, a noção tradicional da ilicitude foi construída no Direito civil clássico a partir da perspectiva patrimonial, concebendo-se o ato ilícito puramente pela sua consequência, isto é, o dever de indenizar oriundo de dano ao patrimônio.

É importante observar que, na medida em que se associa necessariamente o ilícito ao fato danoso, ignora-se que a conduta ilícita, por si só, independentemente de produzir danos, representa a violação ao Direito que igual e autonomamente merece tutela, sobretudo nos sensíveis campos dos direitos extrapatrimoniais e fundamentais. Trata-se de compreender que inibir a conduta ilícita não é o mesmo que inibir o evento danoso.⁴⁴⁶

Há, todavia, notáveis exemplos de regulações legislativas que, percebendo a necessidade de separar os conceitos de ilicitude e dano, acabam implementando técnicas muito mais apropriadas para a tutela dos direitos. É o que ocorre, exemplificativamente, com a disciplina que o direito italiano confere à concorrência desleal e aos direitos autorais.

O *Codice Civile* italiano, ao regular o tema da concorrência desleal, aponta expressamente três formas de tutelas diferenciadas, quais sejam, a inibitória, a de remoção do ilícito e a ressarcitória. Segundo o art. 2.599 do Código Civil italiano, “a sentença que declara a existência de atos de concorrência desleal inibe a sua continuação e confere as providências necessárias a fim de que sejam eliminados

⁴⁴⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 102-103.

⁴⁴⁶ “Contudo, o incorreto não é só ligar o ilícito à indenização pecuniária, mas associar o ilícito com o fato danoso, ainda que ele seja suscetível de ressarcimento na forma específica. A associação de ilícito e dano deriva da suposição de que a violação do direito somente pode exigir do processo civil tutela contra o dano – na forma específica ou pelo equivalente monetário-, mas jamais uma tutela voltada a remover o ilícito (independentemente de ele ter provocado dano). Ou ainda: tal associação se funda na falsa premissa de que o processo civil não pode impedir a violação de um direito sem se importar com a probabilidade de dano. Frise-se que inibir a violação não é o mesmo que inibir o dano. Além disso, do ponto de vista probatório, é muito mais fácil caracterizar o ilícito ou sua ameaça do que precisar o dano ou sua probabilidade”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 159.

os seus efeitos”. Nota-se que referido dispositivo não faz qualquer menção ao dano, à culpa ou ao dolo do agente que transgredir o direito, aludindo apenas à tutela inibitória e à remoção dos efeitos do ato ilícito.⁴⁴⁷

Da mesma forma, a Lei italiana sobre Direito do Autor (Lei n.º 633, de 22.04.41) estabelece evidente proteção inibitória no artigo 156,⁴⁴⁸ independentemente da alusão a qualquer dano efetivo, aludindo à proteção do interessado que tema a violação do direito ou que pretenda impedir a sua continuação ou repetição.

Restando evidente a dissociação entre a ilicitude e sua eventual consequência (dano), torna-se mais fácil admitir que a responsabilidade civil não apenas pode como deve reger-se tanto pela perspectiva repressiva (combatendo os danos já produzidos) como, igualmente, pela perspectiva preventiva (combatendo a ameaça de dano por via da tutela inibitória, que se volta contra a ilicitude).⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 159. Conforme preconiza o art. 2.600 do *Codice Civile*, todavia, a obrigação de ressarcimento por eventuais danos passa a existir se os atos de concorrência desleal forem praticados com dolo ou culpa, isto é, no âmbito da tutela ressarcitória, tal como já estabelecido pelo art. 2.043 do mesmo diploma (“qualquer fato doloso ou culposos, que ocasione a outrem dano injusto, obriga ao ressarcimento do dano”).

⁴⁴⁸ “*Chi ha ragione di temere la violazione di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante in virtù di questa legge, oppure intende impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta, può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia interdetta la violazione.*” Tradução livre: “Quem tem razão de temer a violação de um direito de utilidade econômica pertencente a ele em virtude desta lei, ou pretende impedir a continuação ou a repetição de uma violação já ocorrida, pode agir em juízo para obter que o seu direito seja protegido e seja evitada a violação.” Sobre a proteção dos direitos autorais no Brasil, vide STAUT Jr., Sérgio Said. Direitos autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas. Curitiba: Moinho do Verbo, 2006.

⁴⁴⁹ “Bonasi Benucci, um dos juristas que melhor trataram do tema no direito italiano, afirma que o art. 2043 do CC limita-se a mencionar os requisitos que obrigam alguém a ressarcir o dano consequente ao ilícito, mas não descreve o ilícito nem exaure a especificação dos meios de tutela que o ordenamento oferece àquele que venha a ser por ele atingido. Para evidenciar que o dano não é elemento constitutivo do ilícito, argumenta que, quando se diz que não há ilícito sem dano, identifica-se o ato *contra ius* com aquela que é a sua normal consequência e isso ocorre apenas porque o dano é o sintoma sensível da violação da norma. A confusão entre ilícito e dano seria o reflexo do fato de que o dano é a prova da violação e, ainda, do aspecto de que entre o ato ilícito e o dano subsiste frequentemente uma contextualidade cronológica que torna difícil a distinção dos fenômenos, ainda que no plano lógico”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 160.

4.1.2.3 A ilicitude no Direito Civil brasileiro

No ordenamento brasileiro, o Código Civil reserva, em sua chamada “Parte Geral”, três dispositivos (artigos 186 a 188) para tratar especificamente dos chamados atos ilícitos. Para além disso, também na “Parte Especial” do Código, os atos ilícitos são tratados, dentro do Direito das Obrigações.

O artigo 186 do Código Civil, conforme acima adiantado, utiliza-se de um conceito *stricto sensu* de ato ilícito, aparente e equivocadamente misturando as noções de ilicitude, culpabilidade e dano.⁴⁵⁰

Justamente por isso, a redação de referido dispositivo vem sendo alvo de pertinentes críticas em razão da notória confusão conceitual que cria, sobretudo quanto à pretensa necessária ligação entre ilicitude, dano e o dever de reparação.⁴⁵¹

De fato, para além de ligar a noção de ilicitude à de culpabilidade do agente, o artigo 186 também parece cogitar de uma necessária ligação entre a ilicitude e o dano, como se este fosse pressuposto daquela.

Diferentemente da redação do art. 159 do revogado Código Civil de 1916 (que abria o Título II, do Livro III, referente aos “atos ilícitos”), segundo o qual “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causa prejuízo a outrem, *fica obrigado a reparar o dano*” (grifos nossos), a redação do art. 186 do novo Código Civil brasileiro parece incluir o dano como elemento

⁴⁵⁰ Conforme se depreende da leitura art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Ainda, o artigo 187 do Código Civil incluiu o abuso de direito como ato ilícito: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

⁴⁵¹ Explicando a subversão derivada da tentativa de construção do conceito de ilicitude a partir da verificação do dano e do dever de indenizar, Judith MARTINS-COSTA assevera, “Ora, as consequências dessa conexão, por assim dizer, automática foram grandes: em primeiro lugar, a ilicitude civil era vista, tradicionalmente, de forma amarrada à culpa, ao dano e à consequência indenizatória. Não era um conceito que valesse por si, que tivesse um campo operativo próprio, era mera “condição” da responsabilidade. Tanto assim é que, não apenas a letra do art. 159 do Código de 1916 assim dispunha, quanto o exame doutrinário da ilicitude era feito, modo geral, a partir do seu efeito “natural”, qual seja, o nascimento do dever de indenizar. Por esse viés, não apenas confundia-se a ilicitude com o elemento subjetivo (culpa) quanto a própria idéia de ilicitude restava limitada às hipóteses de “ilicitude de fins”, seja na violação aos direitos do parceiro contratual, seja na violação a direitos absolutos, pouco espaço restando para a chamada “ilicitude de meios”. Em segundo lugar, essa concepção não deixava espaço à percepção dos variados casos em que ocorre o nascimento do dever de indenizar independentemente da prática de um ato ilícito”. *Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil. Estruturas e rupturas em torno do art. 187*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4229/breves-anotacoes-acerca-do-conceito-de-ilicitude-no-novo-codigo-civil> – Acessado em 10 de setembro de 2011.

constitutivo do ato ilícito, por meio da conjunção aditiva “e”, ao invés da anterior conjunção alternativa “ou”.

Com efeito, conforme o referido art. 186, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (grifos nossos).

Ainda, o novo dispositivo excluiu a antiga expressão “*fica obrigado a reparar dano*”, constante do revogado artigo 159 do Código Civil de 1916, deslocando o dever de reparação para Título próprio do Código, especificamente no art. 927 da nova codificação.⁴⁵²

Assim sendo, estaria aparentemente excluída a possibilidade de se responsabilizar civilmente alguém, no Brasil, pela mera probabilidade ou eventualidade da violação de direitos por conduta ou da mera assunção de riscos pelo exercício de certas atividades, na medida em que a legislação refere expressamente “o dano” como sendo condição de incidência da responsabilidade civil.

Em síntese, pois, o conceito de ato ilícito preconizado pelo artigo 186 do Código Civil estaria pressupondo não apenas a culpa, mas também a geração de danos.⁴⁵³

Criticando a incoerência da redação do art. 186 do Código Civil, quando ainda constante do anteprojeto encaminhado ao parlamento, asseverou AGUIAR DIAS:

O texto se me afigura realmente decepcionante. Se o que se pretendia era tratar separadamente do ato ilícito e da reparação do dano, ao contrário do art. 159, que tratava da obrigação de reparar baseada na culpa, houve um visível excesso na definição daquele, em cujos elementos integrantes não figura o dano, requisito, sim, da obrigação de reparar. O ato ilícito pode não causar dano. (...) Acontece que o art. 186 incide numa petição de princípio. Com efeito, dizer, simplesmente, que o agente pratica o ato ilícito será o mesmo que enunciar: aquele que comete ato ilícito comete ato ilícito [...]. O Projeto não enunciou princípio nenhum. Não se diga que o art. 929 [relacionado ao art. 927 do CC] contém a sanção. Se assim se entender, ter-

⁴⁵² Artigo 927 do Código Civil, “*caput*”: “Aquele que, por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” Destaque-se que ambos os dispositivos do atual Código (arts. 186 e 927) omitiram uma das modalidades do conceito de culpa em sentido estrito (a imperícia), referindo-se apenas à negligência e à imprudência.

⁴⁵³ “Em sentido estrito, o ato ilícito é o conjunto de pressupostos da responsabilidade civil – ou, se preferirmos, da obrigação de indenizar. (...) Na responsabilidade subjetiva, como veremos, serão necessários, além da conduta ilícita, a culpa, o dano e o nexo causal. Esse é o sentido do art. 186 do Código Civil. A culpa está ali inserida como um dos pressupostos da responsabilidade subjetiva”. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9 ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 10.

se-á uma imperfeição da técnica legislativa, enunciando o Código um preceito sem consequência, na Parte Geral, e transferindo para a Parte Especial a consequência desse preceito.⁴⁵⁴

A partir de todas essas incongruências supra-apontadas, a doutrina⁴⁵⁵ tem afirmado e reafirmado a necessidade de se interpretar sistematicamente a estrutura criada pelo novo Código Civil brasileiro em relação ao tratamento da ilicitude, ignorando-se o sentido puramente literal dos novos textos implementados pelo legislador.

Mediante uma tal interpretação sistemática, pretende-se sustentar que o artigo 186 do Código Civil, que aparentemente disciplina o ato ilícito em sentido estrito, em verdade deve cortar a ligação entre o conceito de ilicitude, de dano e, conseqüentemente, do dever de indenizar, até porque referida obrigação de indenização passou a ser tratada em Título próprio (art. 927 do CC vigente).⁴⁵⁶

Com efeito, a incoerência e insatisfatoriedade da metodologia empregada na redação do art. 186 do Código Civil brasileiro, ao tentar conceituar a ilicitude apenas aos atos antijurídicos praticados culposamente, tem sido fortemente atacadas pela doutrina, sobretudo porque, como parece claro, não se pode deixar de lado outras formas de atos contrários ao direito, imputáveis a alguém, mas que não se enquadram na violação de deveres genéricos praticados em razão da culpa do agente, causando o dano e gerando o dever de indenizar.⁴⁵⁷

⁴⁵⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 38-39.

⁴⁵⁵ Conforme assevera Fernando NORONHA, "O art. 159 do Código de 1916 referia a necessidade de ocorrência de um dano, mas evidentemente este não entra na noção de ato ilícito, como dito no texto. No entanto, nesse Código a referência era compreensível, porque o dispositivo, ao mesmo tempo em que definia o ato ilícito, estatua a obrigação de reparar o dano que resultasse dele. Já no art. 186 do Código de 2002, que se limita a dar uma noção de ato ilícito, sem cuidar de suas conseqüências jurídicas, que passaram a ser estabelecidas noutro lugar (o art. 927, *caput*), a referência ao dano é injustificável", *Direito das obrigações*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 365. No mesmo sentido, Rui STOCCO afirma: "Significa, portanto, que o art. 186 caracteriza apenas uma cláusula geral de ilicitude. Se a conduta do agente a ela se subsume ter-se-á apenas a ocorrência de um ato ilícito. Para que ocorra a responsabilidade civil e surja o dever de indenizar há se aderir à ilicitude do ato um dano", *Tratado de Responsabilidade civil*. 8ª ed. revista e atualizada. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011, p. 142-143.

⁴⁵⁶ Nesse sentido, MARTINS COSTA, Judith. *Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil. Estruturas e rupturas em torno do art. 187*. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/4229/breves-anotacoes-acerca-do-conceito-de-ilicitude-no-novo-codigo-civil> – Acessado em 10 de setembro de 2011. Ainda, BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Teoria dos Ilícitos Cíveis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, e STOCCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil*. 8ª ed. revista e atualizada. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011, p. 142-143.

⁴⁵⁷ Nesse sentido, dentre outros, consulte-se PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, t. II, Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 207 e Marcos Bernardes de MELLO, que sustenta, "De tal forma seria possível conceituar o ato ilícito em sentido amplo como "toda ação ou omissão voluntária, culposa ou não, conforme a espécie, praticada por pessoa imputável que, implicando

Percebe-se, portanto, que apenas mediante a adoção de um conceito amplo de ilicitude torna-se possível a adequada e necessária compreensão de diversos desdobramentos, tais como: a) a imputação vinculada ou não à culpa do agente; b) a infração de dever absoluto ou relativo (responsabilidade contratual e extracontratual); c) a violação a direito desvinculando-se da ideia de que todo ilícito é danoso e passível de indenização.

Para além disso, a compreensão do sentido lato da ilicitude abre as portas também para a sustentação da responsabilidade civil preventiva, uma vez que se passa a preconizar a necessidade de uma proteção efetiva e necessariamente preventiva em relação a direitos fundamentais que não suportam solução indenizatória adequada.

Nesse sentido, já salientou MARTINS-COSTA que

Para viabilizar uma adequada tutela à pessoa e aos direitos da Personalidade, aos direitos difusos, coletivos e às obrigações duradouras, será importante perceber que o novo Código opera a separação (metodológica) entre ilicitude e dever de indenizar, não aludindo diretamente nem ao elemento subjetivo (culpa), nem ao dano, nem à responsabilidade civil, o que abre ensejo: a) à sua maior inserção no campo do direito da Personalidade, possibilitando visualizar novas formas de tutela, para além, da obrigação de indenizar, e, b) à compreensão de que pode haver ilicitude sem dano e dano reparável sem ilicitude”.⁴⁵⁸

Como parece notório, o legislador brasileiro, ao tratar da sistemática da responsabilidade civil, preocupou-se exclusiva e excessivamente com a ideia de reparação do dano, reduzindo a própria razão de ser do instituto ao seu tradicional objetivo reparatório.

Assim, o legislador parece ter ignorado uma das próprias razões de ser da responsabilidade civil, como se sustenta ao longo do presente trabalho, relativamente à prevenção de danos. Vale dizer, ignorou a necessidade de se funcionalizar o instituto da responsabilidade civil, ligando-o não apenas à função de reparação, mas, antes, também à função de prevenção.

infração de dever absoluto ou relativo, viole direito ou cause prejuízo a outrem”. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, p. 242 e 243.

⁴⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil. Estruturas e rupturas em torno do art. 187*. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/4229/breves-anotacoes-acerca-do-conceito-de-ilicitude-no-novo-codigo-civil> – Acesso em 10 de setembro de 2011.

Portanto, somente mediante a releitura do conceito de ilicitude torna-se viável o surgimento de novas construções, mormente no campo do direito da responsabilidade civil, hábeis a preconizar uma proteção verdadeiramente preventiva aos direitos fundamentais, tais como os direitos da personalidade e os direitos difusos e coletivos.

4.2 A INTERNALIZAÇÃO DA PREVENÇÃO NO DIREITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

4.2.1 A prevenção e a responsabilidade civil extracontratual

A responsabilidade civil tem sido compreendida, ao longo da história, como instituto fundamentalmente reparatório da prática de atos que, em sendo qualificados como ilícitos, acarretam danos às vítimas. Vale dizer, só se poderia responsabilizar alguém após a verificação de sua imputabilidade em relação à violação do Direito e à causação de prejuízos.⁴⁵⁹

De tal premissa, portanto, redundaria a implementação de todo um sistema jurídico eminentemente repressivo, voltado à descrição de comportamentos antijurídicos que, dadas determinadas regras de imputação, geram o dever de indenizar ou compensar os prejuízos sofridos pelas vítimas.

Assim idealizada a racionalidade da responsabilidade civil, parece evidente que o escopo de prevenção da prática de atos ilícitos e dos possíveis danos decorrentes, a partir do sistema de responsabilização, poderia ser considerado, quando muito, mera consequência eventual e indireta, ou seja, uma verdadeira externalidade fortuita que, apesar de desejada, não se fundaria exatamente no instituto referido.⁴⁶⁰

⁴⁵⁹ "O dano é, dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, o que suscita menos controvérsia. Com efeito, a unanimidade dos autores convém em que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano, e é verdadeiro truísmo sustentar esse princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há que reparar.", DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, vol. II, 6ª ed. rev. e aum. Belo Horizonte: Forense, 1979, p. 393.

⁴⁶⁰ Conforme Hans-Bernd SCHÄFER e Claus OTT, a prevenção de danos causada pela aplicação do direito de responsabilidade civil é considerada, consensualmente, como um bem-vindo efeito colateral". *The economic analysis of civil law*. Northampton: Edward Elgar, 2004, p. 110.

Por tal perspectiva, a prevenção da ilicitude e dos danos jamais poderia ser compreendida como fundamento próprio da responsabilidade civil, ou seja, um elemento constituinte interno do instituto, que se manteria, então, atrelado tão somente aos seus tradicionais vetores repressivos.⁴⁶¹

Aliás, a remissão cada vez mais frequente à responsabilidade civil como um “Direito de Danos”, no sentido de se pensar o sistema de responsabilidade de forma a viabilizar às vítimas a mais apropriada indenização, bem ilustra a preocupação com a repressão, desconsiderando-se ou pouco se creditando ao instituto eventual comprometimento com a prevenção.

Tal premissa começou a ser ao menos relativizada, gradativamente, a partir do momento em que a doutrina e a jurisprudência, inspiradas pelo sistema da *common law*, passaram a preconizar a necessidade de se atrelar à responsabilidade civil uma *função punitivo-preventiva exemplar* no intuito de, por via do agravamento da sanção pecuniária compensatória, induzir a dissuasão dos comportamentos ilícitos geradores de danos.⁴⁶²

A bem da verdade, aliás, o reconhecimento de que a prevenção pode ser gerada a partir da majoração da indenização parece revelar que a internalização da prevenção no âmbito da responsabilidade civil já está, ao menos na prática, efetivamente ocorrendo.

Com efeito, se a indenização constitui elemento integrante e essencial do instituto da responsabilidade civil, como parece pacífico, ao se preconizar a viabilidade da implementação de um sentido “repressivo-preventivo” a partir da

⁴⁶¹ Extrai-se da doutrina tradicional a corrente lição segundo a qual “não haverá responsabilidade civil se inexistir dano, como dissemos, o que significa dizer que a prevenção de danos não integra o rol dos pressupostos da responsabilidade civil, tampouco a ameaça a direitos”, DONNINI, Rogério. *Prevenção de danos e a extensão do princípio do neminem laedere*. Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério Donnini (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 490.

⁴⁶² Como ressalta Judith MARTINS-COSTA, “Tal qual delineada na tradição anglo-saxã, a figura dos punitive damages pode ser apreendida, numa forma introdutória e muito geral, pela ideia de indenização punitiva (e não dano punitivo, como às vezes se lê). Também chamados exemplary damages, vindictive damages ou smart money, consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessária à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (punishment) e prevenção pela exemplariedade da punição (deterrence) opondo-se – nesse aspecto funcional – aos compensatory damages, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo”, *Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro)*. R. CEJ Brasília, nº 28, jan. mar/2005, p. 16.

indenização, o que se está a fazer é nada menos do que internalizar a prevenção na responsabilidade civil.⁴⁶³

Também no campo da responsabilidade civil negocial é possível apontar as mesmas justificativas para a incidência da prevenção, no intuito da preservação da integridade dos direitos derivados das relações negociais, por via da observância de deveres jurídicos ligados ao princípio da boa-fé, ainda que comumente designados como deveres instrumentais, secundários ou acessórios, na medida em que tendentes a proteger a prestação.⁴⁶⁴ Vale dizer, como adiante se pretende demonstrar, a internalização da prevenção também já pode ser considerada uma realidade no mundo da responsabilidade civil contratual.

O desafio que se abre a partir da constatação da presença da prevenção no Direito da responsabilidade civil, outrossim, diz respeito à sistematização científica de tal processo de internalização, que não deve ficar atrelada ao mero praxismo da doutrina e dos tribunais nacionais, sob pena de se revelar atentatória, inclusive, à garantia constitucional da segurança jurídica.

O que se pretende demonstrar presentemente ultrapassa a mera e atualmente notória constatação da assunção de uma *função* preventiva da responsabilidade civil. Sustenta-se a necessidade de uma possível sistematização da prevenção no campo da responsabilidade civil, o que só nos parece viável a partir do reconhecimento de que, muito mais do que funcionalizar o instituto, a prevenção na verdade o refundamenta, legitimando-o no contexto da sociedade atual.

Mas quais as razões que não apenas justificam como impõem uma tal internalização da prevenção? Em que sentido a refundamentação proposta revelar-se-ia útil e adequada ao direito da responsabilidade civil?

⁴⁶³ Exatamente por tal motivo, parece contraditório o pensamento da doutrina quando, a um só tempo, nega que a prevenção faria parte da responsabilidade civil mas acena para a possibilidade de a função preventiva ser concretizada por via do agravamento das indenizações: “Entretanto, a prevenção de danos (à pessoa, ao meio ambiente, nas relações contratuais de qualquer natureza) se dá, como dissemos, por força do referido art. 5º, XXXV, da CF (...). Todavia, a real e efetiva prevenção de danos sucede com a fixação do valor de desestímulo quando do arbitramento da indenização (...). Portanto, previne-se o dano com a fixação de valores indenizatórios que, efetivamente, inibam o agente”, DONNINI, Rogério. *Prevenção de danos e a extensão do princípio do neminem laedere*. Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério Donnini (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 498-499.

⁴⁶⁴ Como afirma GLITZ, “As atividades negociais não só possuem função social, como lhes é imprescindível o respeito aos princípios constitucionalmente garantidos. Essa noção introduz na seara negocial novos dilemas e perspectivas. Dentre elas destaca-se o papel da boa-fé como princípio obrigacional e suas diversas funções e como forma de manutenção do equilíbrio contratual.” GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de hardship*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 44-45.

Para que se possa responder às referidas indagações, uma primeira anotação direciona-se às profundas modificações do modo de ser da sociedade do século XXI, exposta, como nunca antes, a todo tipo de riscos e lesões contra as quais a resposta repressiva do sistema jurídico não se revela minimamente apropriada ou mesmo razoável. Tal constatação é ainda mais evidente quando se lançam os olhos à tentativa de proteção dos direitos fundamentais.

Assim, contra a insatisfatoriedade da sistemática repressiva dos danos acarretados aos direitos, parece claro que o Ordenamento Jurídico deve responder adequadamente, mediante a criação de novos mecanismos capazes de induzir a prevenção de danos (mediante a antecipação de possíveis riscos e lesões a direitos) e a dissuadir a sua repetição.

Sob o ponto de vista constitucional, a adequada e integral proteção dos direitos, sobretudo daqueles considerados fundamentais, implica a reconsideração das formas de tutela ofertadas pelo Ordenamento Jurídico, sendo para tanto imprescindível a atuação legislativa e jurisdicional precisamente, mais uma vez, no campo da responsabilidade civil.

Não parece correto, nessa perspectiva, compreender que a atuação protetiva dos direitos, sob o viés preventivo, fosse única e exclusivamente atrelada à tutela jurisdicional, por via do direito de ação. Antes e por excelência, o próprio direito material deve propiciar tal tutela preventiva, por via de uma especial disciplina a respeito, ordenada instrumentalmente por via do instituto da responsabilidade civil.

Aí reside, também, a justificativa pragmática para a internalização institucional da prevenção no Direito da responsabilidade civil: a reformulação dos mecanismos protetivos materiais, adiante mencionados, com vistas à prevenção da ocorrência da ilicitude e dos prováveis danos dela derivados ou de sua dissuasão.

Todas as razões acima expostas, justificadoras da pretendida internalização da prevenção *lato senso* na responsabilidade civil, direcionam-se no sentido da demonstração de que é precisamente dela que passa a depender a readequação institucional não apenas do Direito de responsabilidade civil, mas, por decorrência, do próprio direito privado, que se pretende constitucionalizado e, portanto, comprometido com a concretização dos valores constitucionais fundamentais.

Pretende-se que mediante essa nova *racionalidade* sejam viabilizadas condições para o redimensionamento conceitual, institucional e funcional da responsabilidade civil, agora repensada sob um viés preventivo que, sem abandonar

o paradigma do ressarcimento das vítimas, revela-se mais consentâneo com as necessidades de proteção dos direitos.⁴⁶⁵

Da mesma forma como o surgimento de novas racionalidades implicaram, historicamente, a transposição do fundamento da culpa para o risco, da responsabilidade individual para a coletiva e o deslocamento do eixo central da responsabilidade, diga-se, do ato agressor para a pessoa da vítima e seu direito à plena indenização pelos danos sofridos, parece claro que agora também se vive o momento de, por via de uma nova racionalidade, deslocar-se mais uma vez o eixo central do Direito de responsabilidade civil, da repressão dos danos para a sua prevenção.⁴⁶⁶

Sustenta-se, pois, que a responsabilidade preventiva passe a ser considerada não apenas uma expressão voltada a explicar eventuais efeitos reflexos derivados das regras de responsabilidade civil, mas sim, verdadeiro fundamento, um *novo paradigma* por via do qual os próprios instrumentos do Direito da responsabilidade civil possam vir a ser repensados, reconstruídos ou ao menos adaptados, legislativa ou judicialmente, no intuito de uma maior e melhor eficiência do instituto para dar respostas mais ajustadas à realidade social contemporânea.

⁴⁶⁵ Conforme Thomas S. KUHN, “a transição para um novo paradigma é uma revolução científica, justificada, necessariamente, pela insatisfatoriedade do paradigma anterior. (...). As revoluções políticas iniciam-se com um sentimento crescente, com frequência restrita a um segmento da comunidade política, de que as instituições existentes deixaram de responder adequadamente aos problemas postos por um meio que ajudaram em parte a criar. De forma muito semelhante, as revoluções científicas iniciam-se com um sentimento crescente, também seguidamente restrito a uma pequena subdivisão da comunidade científica, de que o paradigma existente deixou de funcionar adequadamente na exploração de um aspecto da Natureza, cuja exploração fora anteriormente dirigida pelo paradigma. Tanto no desenvolvimento político como no científico, o sentimento de funcionamento defeituoso, que pode levar à crise, é um pré-requisito para a revolução”. *A estrutura das revoluções científicas*. 9 ed., São Paulo: Respectiva, 2005, p. 122-126.

⁴⁶⁶ Não é outro o pensamento de Teresa Ancona LOPES, que sustenta expressamente a existência de uma “responsabilidade preventiva”, assentada na incidência dos princípios da prevenção e da precaução no sistema da responsabilidade civil: “O princípio da precaução, que tem como fundamento ético a prudência e jurídico a obrigação geral de segurança, deverá, doravante, fazer parte da responsabilidade civil, e esse ramo do direito passa a ter três funções: a função compensatória (reparação integral); a função dissuasória (*deterrence*), que aparece através das indenizações pesadas contra o autor do dano (essa função é chamada de preventiva ainda hoje); a função preventiva, em sentido lato, englobando os princípios da precaução e da prevenção, pela qual haverá a antecipação de riscos e danos. (...) Com isso nasce a responsabilidade preventiva, que funcionará ao lado da responsabilidade reparadora ou clássica. Uma não exclui a outra. Ambas são necessárias, pois, caso o dano não consiga ser evitado, deverá ser reparado integralmente por seu autor ou pelo seguro. Portanto, diante da sociedade de risco, teve a responsabilidade civil que evoluir acrescentando os princípios da precaução e da prevenção ao seu rol já tradicional de princípios. Houve apenas acréscimo sem recuo ou perda de importância, seja da culpa, seja do risco. Essa transformação que vivemos na sociedade atual é semelhante àquela que levou à introdução da responsabilidade objetiva e coletiva em um sistema todo fundamentado na responsabilidade individual e na culpa”. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo, Quartier Latin, 2010, p. 17.

4.2.2 A responsabilidade civil preventiva no campo das relações obrigacionais negociais

Em que pese o fato de se ter definido, metodologicamente, a análise da responsabilidade civil preventiva precipuamente sob o contexto da responsabilidade extracontratual, torna-se indispensável também avaliar como o sistema da responsabilidade negocial igualmente deve estar comprometido com o desenvolvimento de mecanismos preventivos contra o inadimplemento, vale dizer, mecanismos de incentivo ao cumprimento das obrigações nascidas dos negócios jurídicos.⁴⁶⁷

Para tanto, faz-se necessário avaliar criticamente a forma como a própria noção de *obrigação* vem sendo concebida “a-historicamente” pelo Direito civil contemporâneo.⁴⁶⁸

A esse respeito, anote-se que a concepção jurídica da relação obrigacional foi sendo modificada gradativamente, diante da percepção da insuficiência ou da insatisfatoriedade da perspectiva formal e abstrata como se a concebia, vale dizer, como um vínculo correlacional estático que retratava basicamente o seu aspecto

⁴⁶⁷ Afirma Judith MARTINS-COSTA, “as duas fontes ‘clássicas’ de criação da relação jurídica obrigacional, a lei e a vontade (ou contrato, ou negócio jurídico) – das quais defluem, como irmãos siameses, os dois diversos fundamentos da responsabilidade para o caso de seu inadimplemento –, têm-se mostrados insuficientes para explicar a questão da criação da relação obrigacional (...) Considera-se que, para que uma obrigação exista, é necessário que uma pessoa haja entrado em contato com outra, seja por atos lícitos, negociais ou não-negociais, seja por atos ilícitos. Em virtude do escalonamento com que operam os contatos sociais e dos seus diversos níveis de concretização, forçoso é concluir que nem sempre os efeitos jurídicos de tais contatos serão idênticos, ocorrendo, por igual, um escalonamento entre as suas conseqüências, a criação de deveres jurídicos e de direitos subjetivos, que se alocarão em diversos graus ou medidas de intensidade. Por essa razão, os deveres abrangidos por esta ampla *fattispecie* se apresentam, em cada relação concretamente considerada, com intensidade diversa, uma vez provirem dos variados raios de contato social que podem ser estabelecidos. Podem nascer expressamente da declaração negocial, ou da lei, ou da concretização judicial da boa-fé, ou do mero fato de viver em sociedade – o *alterum non laedere*, que impõe os chamados deveres de cooperação, conaturais à relação obrigacional”. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 400-404.

⁴⁶⁸ Nesse sentido, anota Pietro PERLINGIERI: “Não obstante a difundida consciência da historicidade e da conseqüente relativização das categorias jurídicas, a obrigação, ou seja, a relação obrigacional, se mostra no mais das vezes, ainda hoje, como categoria a-histórica, «sempre igual em si mesma», neutra, construída colhendo o mínimo denominador comum às diversas obrigações e reduzindo as diversidades a perfis descritivos e externos ao conceito, espúrios em relação a ele. No esforço de individualizar uma noção de obrigação no singular, freqüentemente se é levado a concebê-la como um puro esquema conceitual, excluindo de seu âmago aquelas variáveis destinadas a influir sobre uma diversificação. Disso deriva a preferência por classificações inspiradas na estrutura: a obrigação se configura como relação entre credor e devedor, entre crédito e débito, de conteúdos inevitavelmente variáveis, mas na realidade não influentes sobre a pureza da noção”. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 901-902.

externo, desconsiderando a multiplicidade de deveres que sempre lhe foram inerentes, mas só perceptíveis a partir da verificação de sua estrutura interna.

A concepção formal da relação obrigacional limita-se a destacar o exercício da autonomia privada do credor e do devedor individualizadamente considerados, “de uma forma lógico-conceitual que, embora perfeitamente legítima, tem a sua base num procedimento de abstração, isolador dum vínculo determinado entre sujeitos (dever de prestação), da causa que o produziu (contrato) e do fim visado pelos seus titulares”.⁴⁶⁹

A partir de uma nova perspectiva da relação obrigacional, concebida como *processo* e como *totalidade*, como adiante se explicará com base na obra de COUTO E SILVA,⁴⁷⁰ vivencia-se um novo paradigma no Direito obrigacional, que toma por base a concretude e a natural diversidade das relações. Como afirma LEONARDO,

Sob as luzes da noção de relação jurídica obrigacional como processo fica difícil continuar a se estudar e ensinar o direito das obrigações por meio de programas que, simplesmente, repetem o sumário do Código Civil. O sumário é estático. As relações são dinâmicas e processualizadas. Trata-se de um terreno fértil para sustentar uma releitura do direito das obrigações a partir da renovada teoria das cláusulas gerais (v.g., da boa-fé objetiva e da função social do contrato). Não se pode pensar em uma oxigenação do direito das obrigações (até mesmo por provocação de uma interpretação crítica) se a relação jurídica obrigacional continuar a ser tratada como um binômio de crédito e débito.⁴⁷¹

Sustentar-se a “relação obrigacional como processo”, partindo-se de uma perspectiva dinâmica que intenta refundamentar o conceito de obrigação, implica uma reorientação constitucionalizada no que diz respeito não apenas ao Direito das obrigações (e com ele o do sistema da responsabilidade civil), mas de todo o sistema jurídico, impregnado pelas clássicas noções de relação jurídica.⁴⁷²

⁴⁶⁹ MOTTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 263.

⁴⁷⁰ A obrigação como um *processo* abrange, segundo Clovis V. do COUTO E SILVA, “o conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor”. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 10.

⁴⁷¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Direito das obrigações: de elementos caracterizadores para compreensão do Livro I da parte especial do Código Civil. CANEZIN, Claudete (org). *Arte Jurídica*. v.I. Curitiba: Juruá, 2004, p. 277-291.

⁴⁷² Como aponta PERLINGIERI, “A diversificação dos interesses aduzidos na relação obrigacional, com ênfase também sobre aqueles não patrimoniais, destinadas a caracterizar a concreta composição de interesses, exige de um lado a reconstrução do crédito e do débito como situações subjetivas e complexas nos conteúdos – identificados variadamente em poderes, deveres, faculdades e ônus -, de outro lado a apresentação de uma noção de obrigação sensível aos valores e aos princípios fundamentais e, portanto, direcionada a atuar em função constitucional. O mito da

Do mesmo modo como a obrigação pode e deve ser compreendida não mais apenas como um fenômeno estático e perene, a própria responsabilidade civil, classicamente compreendida como obrigação de reparar danos derivados do inadimplemento contratual ou da prática de atos ilícitos, merece também ser compreendida como um “*processo*” voltado não apenas a consertar o passado (indenização), mas, independente ou concomitantemente a isso, preservar a integridade dos direitos subjetivos, mediante técnicas inibitórias garantidoras da concretização dos princípios da prevenção, da precaução e do *neminem laedere*.

4.2.2.1 A relação obrigacional compreendida como “processo”

Ao se cogitar a respeito de uma aproximação do conceito de *obrigação*, revela-se imprescindível um olhar eminentemente dinâmico sobre o processo de estruturação da relação jurídica obrigacional, sem o qual é praticamente impossível compreender-se a obrigação em sua complexa totalidade.

Esse caráter da relação obrigacional compreendida como “processo” foi preconizado por COUTO E SILVA,⁴⁷³ para quem o papel do adimplemento é fundamental, todavia, não podendo ser considerado um simples modo de extinção das obrigações.⁴⁷⁴

O avanço que permitiu a compreensão da relação obrigacional como um todo origina-se da concepção do referido vínculo como relação de cooperação, por força da qual devedor e credor não mais possuem posições antagônicas, formando, em

neutralidade do conceito está definitivamente destinado a se desfazer”. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 910-911.

⁴⁷³ Sobre o aprofundamento do estudo da relação jurídica obrigacional como um todo e como organismo, consulte-se LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

⁴⁷⁴ Afirma o autor: “a relação obrigacional tem sido visualizada, modernamente, sob o ângulo da totalidade. O exame do vínculo como um todo não se opõe, entretanto, à sua compreensão como processo, mas antes, o complementa. Como totalidade, a relação obrigacional é um sistema de processos”. COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 5-7. Acrescenta a esse respeito MARTINS-COSTA: “a concepção da obrigação como um processo e como uma totalidade concreta põe em causa o paradigma tradicional do direito das obrigações, fundado na valorização jurídica da vontade humana, e inaugura um novo paradigma para o direito obrigacional, não mais baseado exclusivamente no dogma da vontade (individual, privada ou legislativa), mas na boa-fé objetiva”. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 394.

verdade, uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem.⁴⁷⁵

Assim sendo, sob o prisma da *totalidade*, o vínculo obrigacional assume novos contornos, não se limitando a representar a soma das partes, de um conjunto de direitos e obrigações, até porque, se assim o fosse, poderia se verificar uma modificação na estrutura do vínculo tão logo alguns desses direitos ou deveres perecessem.⁴⁷⁶

É possível, portanto, aludir-se à concepção da obrigação como uma totalidade concreta a partir de duas verificações fundamentais: a primeira, relacionada à compreensão de que o todo (a relação jurídica obrigacional) é mais do que a simples soma das partes, motivo pelo qual haveria uma ordem de cooperação entre os sujeitos para atingir uma unidade complexa;⁴⁷⁷ a segunda, relacionada à compreensão de que os fatos considerados de forma isolada não saem do campo das abstrações, sendo necessário considerá-los no campo da concretude (como sinônimo de circunstâncias individuais), o que só é possível quando observados num contexto geral ou total.

Nesse sentido, afirma MARTINS-COSTA que

Como efeito da apreensão da totalidade concreta da relação obrigacional, percebe-se ser a mesma um vínculo dinâmico – porque passa a englobar, num permanente fluir, todas as vicissitudes, “os casos” e problemas que a ela

⁴⁷⁵ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p.8. Adverte Hernani ESTRELLA: “(...) a renovação necessária do Direito, de molde a torná-lo apto para regular uma sociedade econômica em progressiva e contínua transformação. Subjetiva e objetivamente esta sociedade estava em flagrante contraste com o sistema jurídico tradicional. É que a disciplina visando a uma atividade ideal, humanitária, dirigida à satisfação dos interesses coletivos, não condizia com o egoísmo prático e o espírito de aventura, que norteavam os profissionais da mercancia (...) o regime legal das obrigações e dos contratos, por que se regulavam as relações dos indivíduos no seu aspecto econômico, para a satisfação das necessidades materiais, não se compadecia também, com as peculiares exigências do tráfico.” *A comercialização do Direito Civil. Revista Forense*, v. 185, n.º 675-676, p. 31-45, set.-out., 1959, p. 33.

⁴⁷⁶ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 9.

⁴⁷⁷ “*La persona tiene el deber social de cooperar la consecución del bien común, del cual, obviamente, participa. La vivencia de los valores de solidaridad y de cooperación, generalmente olvidada o preterida por los juristas, debe presidir su actividad, signar su cotidiano que hacer. Ello obliga a la persona a colaborar en la realización de las otras personas, para lo cual debe también abstenerse de toda acción a esse propósito*”. Tradução livre: “A pessoa tem o dever social de cooperar para a consecução do bem comum, do qual, obviamente, participa. A experiência dos valores da solidariedade e da cooperação, geralmente esquecida ou preterida pelos juristas, deve presidir sua atividade, designar o que faz no seu cotidiano. Isso obriga a pessoa a colaborar com a realização das outras pessoas, para as quais deve também abster-se de toda ação a esse propósito”. ITURRASPE, Jorge Mosset. *Interpretación económica de los contratos*. Santa Fé: Rubinzal, 1994, p. 31.

possam ser reconduzidas – que se movimenta processualmente, porto criado e desenvolvido à vista de uma finalidade, desenvolvendo-se em fases distintas, a do nascimento do vínculo, do seu desenvolvimento e adimplemento.⁴⁷⁸

Na relação obrigacional concebida na sua integralidade, a prestação, por exemplo, não é considerada isoladamente, mas sim por meio de uma verificação global, abrangente de uma série de deveres de conduta correspondentes ao mundo da validade objetiva da ordem jurídica.⁴⁷⁹

Dessa forma, os próprios deveres de conduta passam a existir e ter sua incidência determinada não apenas por hipóteses aprioristicamente previstas a partir da subsunção entre uma típica situação fática e a hipótese legal, mas também pela descoberta ou revelação de outras hipóteses ou situações geradas em decorrência das eventuais vicissitudes sofridas pela relação obrigacional, no curso de sua existência e desenvolvimento.

Revela-se, assim, que muitas vezes será por via dos efeitos das referidas vicissitudes que será possível identificarmos a “unidade do todo articulado que contém em si a diferença e, por isso, seja unitário do ponto de vista estrutural e funcional, bem como total em relação ao seu conteúdo”.⁴⁸⁰

Para COUTO E SILVA, a obrigação concebida como processo “compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor”, e em sentido estrito podemos afirmar que representa uma sucessão de atos que se relacionam entre si para atingir uma finalidade consubstanciada no adimplemento.⁴⁸¹

A compreensão da “obrigação como processo” pode e deve evoluir a partir de uma perspectiva dinâmica e funcional das obrigações no Direito atual, na medida em que ela “não se indentifica com o direito ou com os direitos do credor; ela se configura cada vez mais como uma relação de cooperação”, o que implica uma “mudança radical da perspectiva a partir da qual se deve enfocar a disciplina das obrigações: esta não deve ser considerada o estatuto do credor; a cooperação

⁴⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 394.

⁴⁷⁹ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 37-38.

⁴⁸⁰ MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 394.

⁴⁸¹ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 10.

substitui a subordinação e o credor se torna titular de deveres genéricos ou específicos de cooperação para o adimplemento do devedor”.⁴⁸²

Assim compreendida, a relação obrigacional como um *processo* e como uma *totalidade concreta* é capaz de inaugurar um *novo paradigma* dentro do Direito obrigacional, pautado não apenas na vontade humana formadora da obrigação, mas também na cooperação e na boa-fé em sua acepção objetiva, que impõe aos sujeitos da relação um agir pautado na solidariedade e na lealdade, que acabam por impor uma necessária limitação ao exercício dos direitos subjetivos.⁴⁸³

4.2.2.2 A relação de cooperação

A prestação é considerada elemento nuclear das relações obrigacionais, estando ligada ao desenvolvimento de condutas exercidas com base na autonomia da vontade.⁴⁸⁴ Para a efetivação da prestação, tomam-se em consideração tanto a

⁴⁸² PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 913.

⁴⁸³ O Código Civil de 2002 veio inovar no que tange ao tratamento do direito das obrigações, dando-lhe uma nova estrutura sistemática que leva em conta a noção dinâmica da relação obrigacional difundida por COUTO E SILVA já na década de 1960. Preocupado com a noção de estrutura, diferentemente do Código de 1916, o Código Civil vigente dividiu as etapas de criação do vínculo, seu desenvolvimento e seu desaparecimento através do adimplemento assim como, de seu inadimplemento. Ressalta-se que o adimplemento, modo normal de desaparecimento do vínculo obrigacional, foi especificamente destacado pelo Código. Diante dessas premissas percebe-se que “o novo Código preocupa-se com a análise interna da estrutura e consequente método classificatório adotado no Direito das Obrigações e não apenas com a perspectiva extrínseca das relações jurídicas obrigacionais.” MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil*, vol. V, tomo II. Do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 3. E, ainda, RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 145 e segs.

⁴⁸⁴ Acerca das teorias que explicam e classificam a autonomia privada, consultar LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 543 e ss. E, ainda, conforme explica Francisco dos Santos AMARAL NETO: “Para a concepção tradicional, clássica, subjetiva, existe sinonímia nas expressões “autonomia privada”, “autonomia da vontade” e “liberdade contratual”, que significam ser a pessoa livre e soberana para decidir se, quando e como vincular-se obrigacionalmente. Teoria mais recente contesta essa concepção, considerando não haver identidade entre autonomia da vontade e autonomia privada. A autonomia da vontade dá relevo à vontade subjetiva, psicológica, enquanto que a tese da autonomia privada destaca a vontade objetiva, que resulta da declaração ou manifestação de vontade, fonte de efeitos jurídicos”. De tal forma, a autonomia privada “exprime liberdade, independência, poder individual de transformar a vontade própria em fonte jurídica, governando interesses e necessidades particulares. Tecnicamente, representa a correspondência entre a manifestação de poder individual e sua eficácia jurídica, o conteúdo do ato e os respectivos efeitos”. A autonomia privada como poder jurídico. *Estudos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 293 e 297.

conduta de cooperação imputada ao devedor como a utilidade que ela deve representar ao credor.⁴⁸⁵

A utilidade da prestação é verificada a partir de critérios econômicos, apresentando-se, inclusive, como causa objetiva de reajuste. Já a cooperação se vincula tanto ao cumprimento do dever principal da obrigação como aos seus deveres secundários⁴⁸⁶ que encontram fundamento no princípio da boa-fé⁴⁸⁷, para antes e para além das previsões legal ou contratual.⁴⁸⁸

Diante da reformulação da relação obrigacional, compreendida como *processo*, a cooperação (pautada na ideia de solidariedade) sobreleva-se como verdadeiro requisito intrínseco da conduta esperada entre credor e devedor, transfigurando-se em um dever de colaboração intersubjetiva.⁴⁸⁹

O dever de colaboração intersubjetiva tem como fundamento e pressuposto de validade a confiança, seja nas relações interindividuais, seja nas relações coletivas, visto que diante das sociedades massificadas e impessoalizadas o postulado ético passa a ser uma necessidade. Conforme FACHIN, “a revalorização da confiança como valor preferencialmente tutelável no trânsito jurídico corresponde a uma alavanca para repensar o Direito Civil brasileiro contemporâneo e suas categorias fundamentais”.⁴⁹⁰

⁴⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil*, vol. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 23. NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu T. de. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 26 e segs.

⁴⁸⁶ “Os deveres fiduciários, anexos, laterais, ou simplesmente meros deveres de conduta (às vezes chamados também de deveres correlatos, ou colaterais), são aqueles que somente apontam procedimentos que é legítimo esperar por parte de quem, no âmbito de um específico relacionamento obrigacional (em especial quando seja contratual ou ainda pré-contratual ou pós-contratual, e até supra-contratual, isto é, neste caso, sendo concomitantemente a um contrato, mas indo além dele), age de acordo com os padrões socialmente recomendados de correção, lisura e lealdade, que caracterizam o chamado princípio da boa-fé contratual.” NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 80.

⁴⁸⁷ De acordo com a previsão do Art. 422 do Código Civil – “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”.

⁴⁸⁸ Os deveres principais constituem o núcleo da relação obrigacional, pois estas surgem em torno de uma ou mais prestações que definem a sua configuração típica. Os deveres secundários acessórios destinam-se a preparar o cumprimento da obrigação de forma perfeita e segura; os deveres secundários como prestação autônoma consiste num sucedâneo da obrigação principal. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil*, vol. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 24- 34.

⁴⁸⁹ BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. V. 1, Milano: Giuffrè, 1953, p. 28 e segs.

⁴⁹⁰ FACHIN, Luiz Edson (org.). *O aggiornamento do direito civil brasileiro e a confiança negocial. Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 115/116.

O desdobramento do postulado ético da confiança que melhor se expressa em nosso ordenamento jurídico brasileiro é o princípio da boa-fé objetiva, considerado verdadeiro marco norteador da colaboração intersubjetiva. Assim, o princípio da boa-fé objetiva introduz “um elemento de ponderação axiológica nas regras obrigacionais que instrumentalizam as relações de mercado, *locus* no qual se desenvolvem, privilegiadamente, as relações obrigacionais”.⁴⁹¹

Percebe-se que a partir do momento em que os integrantes da relação obrigacional agem com lealdade, levando em conta os interesses um do outro, estabelecendo limites ao exercício dos direitos subjetivos e criando deveres específicos, os negócios jurídicos ganham novos contornos.

O fim da relação obrigacional consiste na satisfação dos interesses das partes envolvidas na relação diante da perspectiva da relação como um processo polarizado pelo seu adimplemento, como anota MARTINS-COSTA,

Mais do que a soma de seus elementos principais (o crédito e o débito), a relação configura, quando visualizada internamente uma totalidade de direitos subjetivos, deveres jurídicos, poderes formativos, pretensões, ônus jurídicos, sujeições e exceções que não são, de modo algum, fixo e imutáveis, podendo vir a sofrer os reflexos da ação do tempo e das circunstâncias que conformam concretamente o entorno no qual desenvolvida a relação.⁴⁹²

Como adiante se destaca, a relação de cooperação não deixa de constituir, desdobramento do princípio geral da boa-fé, que acaba por orientar a forma de ser ideal das relações inter-pessoais.⁴⁹³

⁴⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil*, vol. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.31. Ver, ainda, DI MAJO, Adolfo. *Delle obbligazioni in generale: arts. 1173-1776*. Bologna: Zanichelli, 1988, p. 117, TELLES, Inocência Galvão. *Direito das obrigações*. 7 ed. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 17 e segs.

⁴⁹² MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil*, vol. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 48.

⁴⁹³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 616.

4.2.2.3 Cláusula geral da boa-fé

O princípio da boa-fé fundamenta-se a partir de um dever imposto às partes no sentido de agirem de acordo com determinados padrões de conduta, sobretudo no que diz respeito à lealdade e à confiança.⁴⁹⁴

Por via da previsão do princípio da boa-fé no direito germânico (mencionado no Código Civil alemão em vigor desde 1900)⁴⁹⁵, sua aplicação passou a ter um papel fundamental nas relações obrigacionais, representando um instrumento para juízes e doutrinadores limitarem a regra da liberdade de contratar, afirmando-se que referido princípio seria corolário da justiça contratual.⁴⁹⁶

Vale dizer, a própria concepção clássica de contrato, pautada tradicionalmente na autonomia da vontade e na igualdade formal dos contratantes, passou a ser revista ou reconfigurada, precisamente a partir da incidência do princípio da boa-fé, analisado sob as perspectivas subjetiva e objetiva.⁴⁹⁷

Se na análise da boa-fé subjetiva leva-se em conta a intenção dos sujeitos da relação jurídica, a verificação da boa-fé objetiva toma em consideração um modelo

⁴⁹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 181 e segs.

⁴⁹⁵ “A boa-fé objetiva, que os alemães definem por *Treu und Glauben* (lealdade e crença), é assim um dever global – dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade para não frustrar a confiança da outra parte.” MOTA, Maurício. A pós-eficácia das obrigações revisitada. *Transformações contemporâneas do direito das obrigações*. Maurício Mota, Gustavo Kloh (organizadores). Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 9.

⁴⁹⁶ NORONHA, Fernando. *O Direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 130. J. GHESTIN considera que a boa-fé e a justiça contratual possuem vínculos tão estreitos que seriam uma única realidade sendo a boa-fé corolário da justiça contratual. *Traité de droit civil - Les obligations, le contrat: formation*. Paris: L.G.D.J. 1988.

⁴⁹⁷ “O contrato, portanto, transforma-se, para adequar-se ao tipo de mercado, ao tipo de organização econômica em cada época prevalecente. Mas justamente, transformando-se e adequando-se do modo que se disse, o contrato pode continuar a desempenhar aquela que é – e continua a ser – a sua função fundamental no âmbito das economias capitalistas de mercado: isto é, a função de instrumento da liberdade de iniciativa econômica. Esta agora claro que as transformações do instituto contratual, que designamos em termos da sua objetivação, não contrariam, mas antes secundam, o princípio da autonomia privada, desde que se queira ter deste princípio uma noção realista e correta: autonomia privada, portanto, não como sinônimo de autonomia da vontade individual, mas como forma jurídica e legitimação da liberdade econômica, da liberdade de prosseguir o lucro ou então, de atuar segundo as conveniências de mercado – nos modos ou com as técnicas adequadas ao tipo de mercado historicamente determinado”. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 310-311.

objetivo de conduta aplicável tendo por base o comportamento de um homem correto, que age com lealdade e honestidade.⁴⁹⁸

Sendo a boa-fé objetiva aplicável de acordo com as peculiaridades do caso concreto, pode-se afirmar que se insere dentro de um sistema necessariamente aberto, sendo construída e controlada de forma permanente, constituindo verdadeira cláusula geral com significados diversos dependendo da análise do aplicador do direito.⁴⁹⁹

Foi mediante a adoção das cláusulas gerais⁵⁰⁰, de fórmulas ordenadoras ou conceitos flexíveis que se permitiu ao legislador descer do plano das abstrações para a diretriz da concretude, possibilitando a observância da ética da situação e da solidariedade, sobretudo nas relações coletivas cada vez mais frequentes na sociedade atual.⁵⁰¹

⁴⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 411. Afirmar a autora que a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição egoística à literalidade do pactuado. Já na boa-fé objetiva estão subjacentes as idéias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do “alter” visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado.

⁴⁹⁹ De acordo com MOTA, “Esse princípio da boa-fé se expressa e vincula o ordenamento através da noção de cláusula geral. Essa constitui-se numa técnica legislativa, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir a ele um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização desses elementos originariamente extrassistemáticos no interior do ordenamento jurídico”. MOTA, Maurício. *A pós-eficácia das obrigações revisitada. Transformações contemporâneas do direito das obrigações*. Maurício Mota, Gustavo Kloh (organizadores). Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 8-9. Consultar, ainda, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 413

⁵⁰⁰ As cláusulas gerais, dentre outros efeitos, propiciam um intercâmbio entre os vários sistemas sociais existentes, permitindo a interpenetração do Direito com outros sistemas sociais. As discussões acerca da interpretação, aplicação e alcance das cláusulas gerais permeiam não apenas o direito privado contemporâneo, mas o ordenamento jurídico como um todo. Como orienta TEPEDINO, “O legislador atual procura associar a seus enunciados genéricos prescrições de conteúdo completamente diverso em relação aos modelos tradicionalmente reservados às normas jurídicas. Cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para aplicação das demais disposições normativas”. TEPEDINO, Gustavo. *Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*, Gustavo Tepedino (Org.), *A parte geral do novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 18-19. Ver, ainda, MIRAGEM, Bruno. *Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais*. Claudia Lima Marques (coord.). *A nova crise do contrato – Estudos sobre a nova teoria contratual*, São Paulo: RT, 2007, p. 187 e segs.

⁵⁰¹ MIRAGEM, Bruno. *Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais*. Claudia

A boa-fé, portanto, fundamenta a compreensão da relação obrigacional como processo e como totalidade, viabilizando a análise interna das relações jurídicas, podendo-se imputar a ela uma verdadeira função integrativa, no sentido de preenchimento de lacunas de situações não previstas pelas partes contratantes.⁵⁰² Isto é, não se alude à boa-fé apenas como recurso interpretativo da vontade das partes, mas também como um instrumento efetivo de integração⁵⁰³ de lacunas relativas a comportamentos não pactuados, mas que se demonstram essenciais para a produção dos efeitos decorrentes da relação contratual.⁵⁰⁴

A função integrativa do princípio da boa-fé permite a sistematização das decisões judiciais, na medida em que engloba outras noções principiológicas, tais como as da solidariedade social, da honestidade, do abuso de direito e de tantas outras figuras que necessitam encontrar legitimação e justificativa.⁵⁰⁵

Nesse sentido, afirma-se que a boa-fé vincula-se com a implementação de *deveres* jurídicos, classificados em *deveres principais* (inseridos no centro da relação obrigacional) e em *deveres secundários*, que se subdividiriam, por sua vez, em *acessórios* e os de *prestação autônoma*.⁵⁰⁶

Para os objetivos do presente trabalho, voltado à refundamentação da responsabilidade civil por via da internalização da prevenção, merecem especial atenção os denominados *deveres de cooperação* e *deveres de proteção dos*

Lima Marques (coord.). *A nova crise do contrato – Estudos sobre a nova teoria contratual*, São Paulo: RT, 2007, p. 193.

⁵⁰² “A função integrativa da boa-fé compreende a ideia de que os deveres das partes não são, para cada uma, apenas o de realizar a prestação estipulada no contrato ou no negócio jurídico unilateral, eventualmente acrescido de outros deveres previstos pelas partes e ainda dos estabelecidos nas leis, mas que se impõe também a observância de muitos outros deveres de conduta, a partir da análise da obrigação de uma perspectiva sistêmica ou totalizante vocacionada para o adimplemento”. MOTA, Maurício. A pós-eficácia das obrigações revisitada. *Transformações contemporâneas do direito das obrigações*. Maurício Mota, Gustavo Kloh (organizadores). Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 11.

⁵⁰³ Ressalta-se, ainda, a existência de uma terceira função da boa-fé, além das funções interpretativa e integrativa, qual seja, a função de controle ou limitativa, que estabelece limites ao exercício dos direitos do credor.

⁵⁰⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 428. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 157.

⁵⁰⁵ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984, p. 604 e segs. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 436.

⁵⁰⁶ Como exemplo de um dever principal podemos aludir a compra e venda que gera o dever de entregar a coisa e pagar o preço. Os deveres secundários acessórios da obrigação principal asseguram o cumprimento da prestação principal. Já os deveres secundários com prestação autônoma são verdadeiros sucedâneos da obrigação principal. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 437-438.

interesses recíprocos das partes, que englobam os deveres de cuidado, os deveres de aviso, os deveres de informação, os deveres de colaboração e os deveres de proteção⁵⁰⁷, que determinam a “adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé em vista do fim do contrato, dada a relação de confiança que o contrato fundamenta, comportamentos variáveis com as circunstâncias concretas da situação”.⁵⁰⁸

Parece possível sustentar, todavia, mediante uma revisão desses referidos *deveres contratuais supostamente instrumentais* que, muito mais do que auxiliar a realização da finalidade contratual, protegendo as partes da relação obrigacional, em verdade podem ser considerados conformadores da responsabilidade civil preventiva no campo das relações negociais, enquanto essas também passam a ser compreendidas como *processo*.

Com efeito, ao se preconizar a viabilidade de uma responsabilidade civil preventiva no âmbito das relações obrigacionais, o princípio da boa-fé e seus correlatos deveres de lealdade, proteção, cooperação e colaboração passam a exercer um papel não mais meramente coadjuvante, como lhes é confiado por força da clássica noção da responsabilidade civil repressiva.

Objetivando-se evitar o inadimplemento contratual antes do que prover suas eventuais consequências, aqueles mesmos deveres até então compreendidos como instrumentais, secundários ou acessórios merecem ser considerados efetivamente fundantes de uma nova forma de responsabilização, voltada para concretizar a tutela dos direitos, mesmo daqueles derivados das relações negociais.

Tal conclusão, aliás, respalda a demonstração de que a responsabilidade civil preventiva objetiva na realidade a proteção da integralidade dos direitos, por via da concretização de verdadeiros *deveres jurídicos* atrelados tanto ao *neminem laedere* como à *boa-fé*.⁵⁰⁹

⁵⁰⁷ “Esses deveres laterais de conduta, como acima considerados, podem ser definidos como deveres que, não interessando à obrigação principal, são todavia essenciais ao correto processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra”. MOTA, Maurício. A pós-eficácia das obrigações revisitada. *Transformações contemporâneas do direito das obrigações*. Maurício Mota, Gustavo Kloh (organizadores). Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.11.

⁵⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 440.

⁵⁰⁹ DI MAJO, Adolfo. *Delle obbligazioni in generale: arts. 1173-1176*. Bologna: Zanichelli, 1998, p. 122.

4.2.3 A responsabilidade civil preventiva na perspectiva da *obrigação como processo*, fundada no adimplemento de *deveres jurídicos*

A responsabilidade civil corresponde, segundo a tradicional teoria do Direito privado, a uma obrigação de reparação de danos. Vale dizer, teria o instituto por objetivo estabelecer as regras de regência da *relação jurídica obrigacional entre vítimas e responsáveis*, oriunda da constatação de danos provocados pela violação da lei (responsabilidade civil delitual ou extracontratual) ou dos negócios jurídicos (responsabilidade civil negocial).

Percebe-se assim, sem grande dificuldade, que essa perspectiva teórica explica a responsabilidade civil única e exclusivamente sob o ponto de vista do seu *conteúdo obrigacional*, ou seja, a reparação dos danos, objetivo primeiro e último do instituto.⁵¹⁰

Como procuraremos demonstrar, contudo, a responsabilidade civil não pode mais ser compreendida apenas sob uma perspectiva classicamente obrigacional, que não consegue explicar nem justificar de que forma ou por que os princípios da prevenção e da precaução necessitam ser internalizados no instituto, no intuito de se evitar a ilicitude, eventuais danos e, com isso, proteger adequadamente os direitos.

Com efeito, para que se consiga compreender a responsabilidade civil preventiva é imprescindível que se parta da premissa de que se trata de uma responsabilização que recai sobre todos, *ou* a partir de uma releitura da *relação obrigacional como processo*, como supra-verificado, *ou* a partir de uma perspectiva da observância de *deveres jurídicos* e não de *obrigações jurídicas* propriamente ditas, visto que não há, aprioristicamente, liames que unem vítimas e agressores. Por certo, a tradicional teoria da responsabilidade civil como obrigação decorrente de atos ilícitos não se presta a explicar o viés preventivo que se pretende fazer recair sobre a responsabilidade.

A adequada distinção entre a responsabilidade repressiva e a preventiva, portanto, parece já partir das suas próprias fontes.

⁵¹⁰ Segundo Orlando GOMES, “A relação obrigacional entre o agente e a vítima tem como conteúdo a pretensão do prejudicado à reparação do dano”. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 91.

Se, por um lado, a responsabilidade civil repressiva constitui categoria de obrigação derivada do interesse do credor na reparação de danos sofridos,⁵¹¹ por outro a responsabilidade preventiva não deve ser encarada como obrigação propriamente dita, senão, como um verdadeiro *dever jurídico*, seja ele compreendido como instrumental, lateral ou acessório no intuito de proteger o adimplemento contratual (no campo da responsabilidade negocial), seja ele compreendido como originário, decorrente do princípio *neminem laedere* (no campo da responsabilidade extracontratual).⁵¹²

Como se percebe, para que se possa bem compreender a noção de que a responsabilidade civil preventiva se funda na observância de *deveres jurídicos*, cumpre destacar, ainda que sucintamente, as diferenças existentes entre *dever jurídico* e *obrigação*, conceitos que muitas vezes são utilizados indistintamente pela doutrina e jurisprudência nacionais como se fossem sinônimos, mas que trazem em seu núcleo fundamentos diversos.⁵¹³

O *dever jurídico* caracteriza-se por uma determinação geral de observância de certa conduta ou abstenção, imposta pelo ordenamento jurídico em prol da tutela de interesses de outrem, geralmente garantida por meios coercitivos.⁵¹⁴

⁵¹¹ Conforme classificação tripartite sustentada por Fernando NORONHA, as obrigações devem ser compreendidas em três categorias, a partir das diferentes perspectivas do interesse do credor. Assim, haveria as *obrigações negociais* (interesse na realização das expectativas nascidas de compromissos assumidos por outra pessoa em negócio jurídico), as *obrigações de responsabilidade civil em sentido estrito* (interesse do credor à reparação dos danos sofridos) e as obrigações de restituição por *enriquecimento sem causa* (interesse em se assegurar a devolução ao patrimônio do credor dos ganhos de outrem conquistados à custa de bens ou da pessoa do credor). *Direito das Obrigações*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 416-417.

⁵¹² Conforme Rogério DONNINI, “No Digesto 1.1.10.1 (Ulpiano), entre os três preceitos do direito há o *neminem laedere* (*alterum non laedere*), não lesar a outrem, que é utilizado como fundamento para a teoria da responsabilidade civil, ao lado de outros dois preceitos: viver honestamente e dar a cada um o que é devido (*iuris praecepta sunt haec: honest vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* – ‘Os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não lesar a outrem, dar a cada um o que é seu’”. *Prevenção de danos e a extensão do princípio do neminem laedere*. Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério Donnini (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 483-484.

⁵¹³ Nesse sentido: RUSSO, Ennio. Adempimento del dovere e adempimento dell’obbligazione (art.1176 e 1218 C.C.) *Rivista di Diritto Civile*, ano XLVI, Padova: CEDAM, 2000; GIORGIANNI, Michele. *L’obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1968 e; DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. V. 2, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, p. 14-15.

⁵¹⁴ Afirma COSTA que dever jurídico “consiste na necessidade de observância de determinada conduta, imposta pela ordem jurídica a uma ou a diversas pessoas para tutela de um interesse de outrem e cujo cumprimento se garante através de meios coercitivos adequados. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 39-40. De acordo com Olímpio COSTA JUNIOR, “Há deveres (subjettivos) impostos pelo direito (objetivo), geralmente sob ameaça de sanção pelo descumprimento da conduta exigida. Tais deveres – que se compreendem no conceito genérico de dever jurídico – vão desde o dever coletivo (ou absoluto) de não cometer qualquer delito, ao particular (ou relativo) de saldar as dívidas contraídas.

O dever jurídico, portanto, seria uma categoria abrangente, verdadeiro gênero em relação ao qual as obrigações constituiriam espécie. Vale dizer, a obrigação pertence à categoria de dever jurídico.

Ressalta-se, contudo, que por vezes alguns deveres jurídicos acabam sendo observados com referibilidade ao adimplemento das obrigações, quando então se alude aos chamados *deveres* de prestação, que são classificados como *deveres principais, secundários e laterais* a serem observados mirando especificamente a prestação obrigacional.⁵¹⁵

No tocante ao conceito de *obrigação* em sentido técnico ou estrito,⁵¹⁶ caracteriza-se como “o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação, que deve corresponder a um interesse do credor, digno de protecção legal”.⁵¹⁷

Conceituar a obrigação jurídica não é tarefa fácil, razão pela qual muitas vezes se procura delimitar os seus elementos como forma de facilitar a sua identificação. Por tal motivo, destacam-se como elementos integrantes do conceito

Há, com efeito, além de deveres particulares (como o de fidelidade entre os cônjuges), um dever geral de obediência às normas jurídicas, imposto a todos como dever de respeito e abstenção, em cuja classe se inclui o de respeitar a esfera jurídica do alter.” *A relação jurídica obrigacional: situação, relação e obrigação em direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 30.

⁵¹⁵ Os deveres principais constituem o núcleo da relação obrigacional. Os deveres secundários podem ser acessórios da prestação principal (quando se destinem a assegurar o seu cumprimento), sucedâneos do dever principal de prestação (nas hipóteses de indenização como substituição da prestação originária) e coexistentes com o dever principal (na hipótese de indenização por mora ou cumprimento defeituoso). Afirma-se, ainda, acerca da existência dos deveres laterais consubstanciados nos “deveres de cuidado, previdência e segurança, os deveres de aviso e informação, os deveres de notificação, os deveres de cooperação, os deveres de protecção e cuidado relativos à pessoa e ao patrimônio da contraparte.” ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 48-49.

⁵¹⁶ A obrigação pode ser concebida em sentido amplo abrangendo outras formas de obrigações, como por exemplo, a obrigação moral. Afirma Michele GIORGIANNI: “*I termini «obbligazione», «obbligare», per la loro derivazione etimológica, danno l'idea di un vincolo che limita l'attività umana e la indirizza in un senso determinato. Questi termini vengono adoperati, anche nell'uso non giuridico per indicare la situazione per cui un soggetto è tenuto ad un determinato comportamento. Così si dice che la religione obbliga il ricco a dare quod supereste al povero, che il costume obbliga a salutare i più anziani, che la morale obbliga ad agire temperando i propri impulsi egoistici*”. *L'obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1968, p. 11. Tradução livre: “Os termos «obrigação», «obrigar», por sua derivação etimológica, dão a ideia de um vínculo que limita a atividade humana e a endereça a um determinado comportamento. Diz-se assim que a religião obriga aos ricos a dar aos pobres o que abunda, que o costume obriga a saudar os mais velhos, que a obrigação moral obriga a agir moderando os próprios impulsos egoístas”.

⁵¹⁷ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 41.

de obrigação o vínculo jurídico, a prestação, a patrimonialidade⁵¹⁸ e o interesse do credor.⁵¹⁹

Para além da tentativa de se conceituar a obrigação a partir dos seus elementos constitutivos, é possível ainda concebê-la como um “processo”. Vale dizer, a “relação jurídica como processo”, conforme a concepção de COUTO E SILVA, não restringe a verificação correlacional à mera figura das partes e dos seus correlatos direitos e deveres abstratamente considerados, considerando, igualmente, todas vicissitudes que podem incidir no transcorrer da existência da relação jurídica obrigacional. Daí, portanto, decorreriam os supra-mencionados *deveres de prestação* (principais, secundários ou instrumentais).

Cumprе destacar aqui, em razão do específico objetivo de caracterizar a responsabilidade preventiva fundada em deveres jurídicos, principalmente o tratamento dado a esses denominados *deveres instrumentais* ou “deveres acessórios de conduta, deveres de conduta, deveres de proteção ou deveres de tutela”, que “são ditos, geralmente, deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses, e se dirigem a ambos os participantes do vínculo obrigacional, credor e devedor”.⁵²⁰

Trata-se, em verdade, de *deveres* de conduta impostos a partir da *boa-fé*, que passa a atuar “como fonte de integração do conteúdo contratual, determinando a sua otimização, independentemente da regulação voluntaristicamente estabelecida”.⁵²¹ Assim, o vínculo jurídico que passa a unir os participantes da relação jurídica obrigacional é orientado para uma ordem de cooperação entre o credor e o devedor.

A partir disso, e avançando, indaga-se: mereceria a *prevenção* ser tratada precipuamente como um dever lateral, anexo, juntamente com os demais deveres de tal *fattispecie*, isto é, os deveres de cuidado, de informação, de cooperação e de

⁵¹⁸ Destaca GIORGIANNI que um dos traços marcantes da *obbligazione* é a *patrimonialidade* da prestação, ainda que o interesse originário do credor não seja patrimonial, GIORGIANNI, Michele. *L'obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1968, p. 11-12.

⁵¹⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Direito das obrigações: de elementos caracterizadores para compreensão do Livro I da parte especial do Código Civil. CANEZIN, Claudete (org). *Arte Jurídica*. v.I. Curitiba : Juruá, p. 277-291, 2004.

⁵²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 438-439.

⁵²¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 440.

proteção, dentre outros, ou como um *dever jurídico geral e principal*, que também fundamenta a responsabilidade civil sob outra perspectiva?

A resposta a tal indagação pode ser esclarecida, na medida em que se compreenda que a responsabilidade civil preventiva, em que pese ser apta a proteger direitos patrimoniais, também e especialmente deve ser idônea a proteger a integralidade dos direitos fundamentais, de natureza extrapatrimonial.

Ora, se assim é, percebe-se que a prevenção por via da responsabilidade civil na verdade pode gerar vínculos desprovidos da característica da *patrimonialidade*, tão cara à própria conceituação tradicional de *obrigação*.⁵²²

Assim sendo, a responsabilidade civil repressiva, porque tendente à indenização das vítimas, pode ser compreendida como *obrigação* no sentido tradicional, ou como técnica de tutela civil das vítimas, que enseja a implementação de uma típica relação jurídica obrigacional a envolver dois sujeitos determinados (vítima e responsável) e um interesse do ofendido à obtenção de uma prestação em regra de caráter patrimonial (indenização/compensação dos danos).

Já a responsabilidade preventiva, por sua vez, deve ser encarada como técnica de tutela civil direcionada à proteção dos direitos, por meio de mecanismos inibitórios atrelados, fundamentalmente, aos *deveres jurídicos de diligência e proteção*, referentes a não violação dos direitos, que não implementa uma relação jurídica obrigacional propriamente dita, na medida em que “se trata dos deveres impostos aos indivíduos porque, na explicação das atividades consentidas na esfera jurídica a eles reservada ou que constituem o domínio da sua liberdade, utilizam um comportamento que de um lado também permite outras explicações das atividades que lhes são consentidas desde que não prejudiquem ou coloquem em risco a pessoa ou os bens dos outros”.⁵²³

Como se percebe, a ideia da prevenção inserida no campo do direito da responsabilidade civil demanda uma verificação *prospectiva* (futura) e não *retrospectiva* (passada). Por esse motivo não parece correto afirmar que deriva ela

⁵²² Segundo a orientação de Michele GIORGIANNI, a obrigação constitui categoria de dever jurídico, individualizada a partir de três características essenciais: a patrimonialidade da prestação, a presença de dois sujeitos determinados (ativo e passivo) e a existência de um interesse do credor na obtenção da prestação. *L'obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1968, p. 70.

⁵²³ “Si tratta dei doveri imposti all'individuo perchè, nella esplicazione delle attività consentitegli nella sfera giuridica a lui riservata o che costituisce il dominio della sua libertà, usi un comportamento che da un canto consenta anche agli altri l'esplicazione della attività consentite, e dall'altro non danneggi o ponga in pericolo la persona o i beni altrui”. GIORGIANNI, Michele. *L'obbligazione*: Milano, Giuffrè, 1968, p. 70.

da existência de uma *obrigação*, mas sim de um dever imposto seja aos contratantes, seja a todos (eficácia *erga-omnes*), no sentido de não violar direitos alheios e não causar danos a outrem.

Essa perspectiva é levada em consideração pela responsabilidade civil preventiva no momento em que, quando da prática de um ilícito ou quando da iminência de sua prática (mas antes ainda de qualquer alusão à causação de um dano concreto), pretende-se tutelar os direitos em sua essência, intentando-se evitar a continuidade de sua violação ou a sua violação.

Trata-se da ideia basilar da tutela inibitória, ou seja, tutela voltada contra a prática, manutenção ou reiteração da ilicitude, que se deseja implementada materialmente pela responsabilidade civil preventiva, à qual pode corresponder a competente ação judicial protetiva, na hipótese de insuficiência, por via das chamadas ações inibitórias.

Evidentemente que essa renovada apreciação do direito da responsabilidade civil depende, antes de qualquer coisa, da predisposição para se aceitar a refundamentação proposta, que passa a encarar a indenização apenas como uma das técnicas possíveis do instituto, mas não a única, uma vez admitida a própria reconceituação do significado e alcance da locução *responsabilidade* para atender aos reclamos de adequada tutela dos direitos.

Não se trata, por óbvio, de tarefa simples ou mesmo “simpática”, ao menos sob o ponto de vista da dogmática clássica do Direito da responsabilidade civil, que insiste em depurá-la de qualquer outro objetivo ou função que não guarde respeito à indenização dos danos.

Refletindo tal concepção tradicional da responsabilidade civil repressiva, SALVI aponta o que seria o real sentido do papel a ser desempenhado pelo instituto, a partir da previsão do art. 2043 do Código Civil italiano:⁵²⁴

Nessa perspectiva é possível compreender mais claramente o papel da responsabilidade civil. Os artigos 2043 e seguintes não definem a forma geral de proteção do direito dos particulares, orientada a sancionar as violações culposas do princípio *neminem laedere*, mas preveem uma entre as técnicas de tutela civil dos interesses: aquela que possui o objetivo específico de assegurar, de acordo com os pressupostos normativos, a reparação de um dano injusto. No âmbito das técnicas de tutela civil, a responsabilidade se caracteriza pela centralidade que ocupa o dano: pressuposto da tutela é a

⁵²⁴ “Art. 2043 Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”.

existência de um fato qualificado como dano juridicamente relevante; efeito da tutela é o ressarcimento daquele dano.⁵²⁵

Muito embora o jurista italiano ressalte a enorme importância desempenhada pela tutela inibitória (*tutela di cessazione*) para a proteção dos direitos, prefere ainda deixá-la fora do âmbito da responsabilidade civil, na medida em que se trataria de duas técnicas distintas de tutela: aquela contra a violação dos direitos e esta contra os danos.

A presente tese procura demonstrar justamente o oposto. A tutela inibitória não apenas deve integrar o Direito da responsabilidade civil (preventiva) como também propicia a sua funcionalização e constitucionalização dentro do Estado social.

Ora, como já acentuado, não deixa de ser espantoso como os mais atuais estudos da doutrina civilista acerca do Direito de responsabilidade civil, apesar de supervalorizar o avanço científico representado pela alteração paradigmática em prol do deslocamento das atenções do agressor para a pessoa da vítima, merecedora da mais extensa e profunda proteção, insistem em ignorar que a real e efetiva proteção passa, antes da verificação da restituição integral contra os danos sofridos, pela prevenção dos danos. E mais, que essa prevenção não pode estar situada fora do campo do direito da responsabilidade.

Por isso mesmo, a análise da responsabilidade civil como instrumento de prevenção de danos, seja por via de regulamentações legais, seja por meio de atuações jurisdicionais de caráter inibitório, objetiva refundamentar o instituto, apontando para a necessidade de se reforçar a observância dos deveres inerentes aos diversos princípios sob os quais se assenta a ideia de proteção integral dos direitos (*neminem laedere*, boa fé, solidariedade, prevenção, precaução).

⁵²⁵ SALVI, Cesare. *La responsabilità civile*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2005, p. 6-7. Tradução livre. “In questa prospettiva, è possibile intendere più chiaramente Il ruolo della responsabilità civile. Gli articoli 2043 ss. non definiscono la forma generale di protezione del diritto del privati, diretta a sanzionare le violazioni colpevoli del principio *neminem laedere*, ma prevedono una, tra de tecniche di tutela civile degli interessi: quella che ha Il compito specifico di assicurare, ricorrendone i presupposti normativi, la riparazione del danno ingiusto. Nell’ambito delle tecniche di tutela civile, la responsabilità si caratterizza per la centralità che vi assume Il ‘danno’: presupposto della tutela è l’esistenza di um fatto qualificabile come danno giuridicamente rilevanti; effetto della tutela è Il ‘rissarcimento’ di quel danno. Un’adequata considerazione di questi due elementi (Il dano e Il rixarcimento) è dunque essenziale per un corretto inquadramento dell’istituto.”

4.2.4 A internalização da prevenção diante da tendência de unificação dos regimes de responsabilidade civil contratual e extracontratual

Como se procurou demonstrar, a internalização da prevenção pode ser constatada e justificada tanto na responsabilidade civil extracontratual como na contratual, sobretudo a partir da ideia segundo a qual a prevenção é viabilizada pela obediência a verdadeiros *deveres jurídicos* de proteção.

No campo específico da responsabilidade civil negocial, a concepção da “*obrigação como processo*” permite a necessária ampliação da análise estrutural e funcional das relações jurídicas negociais, possibilitando a averiguação de mecanismos predispostos a incentivar o adimplemento das obrigações, ligados, também, à concretização dos deveres de cooperação e da boa-fé objetiva.⁵²⁶

A grande vantagem de uma tal visão sistemática da obrigação, empregada no campo da responsabilidade civil, diz respeito a um possível e bem-vindo redimensionamento funcional do instituto, não apenas sob a perspectiva reparatória, mas, sobretudo, sob um contexto preventivo, delimitando seus fundamentos e a forma dos incentivos predispostos à garantia da não violação dos direitos.

Vale dizer, mesmo que se insista em pensar a responsabilidade civil como uma obrigação (“obrigação de responsabilidade civil”), ainda assim é possível justificá-la e fundamentá-la a partir da ideia de prevenção dos danos, na medida em que a relação jurídica obrigacional de responsabilidade civil compreendida como “processo” passa a também compreender a preservação do adimplemento das prestações ou deveres jurídicos inerentes à boa-fé e ao *neminem laedere*.

Se no âmbito das relações obrigacionais derivadas de negócios jurídicos os incentivos ao cumprimento das obrigações são pautados não apenas pelos deveres principais entre as partes, mas, sobretudo, pelos deveres secundários (deveres instrumentais), verifica-se precisamente aí o campo de atuação da chamada responsabilidade civil preventiva.

⁵²⁶ “Acreditamos que por meio da reflexão crítica sobre os elementos caracterizadores da relação jurídica obrigacional, pode-se superar a velha identificação do fenômeno obrigacional pelo binômio crédito e débito. Neste caminho, alargam-se as fronteiras para compreensão da noção de relação jurídica obrigacional como processo e da nova metodologia de estudo do direito das obrigações que lhe é inerente. E por aí pode-se encontrar combustível para vôos muito mais longos do que aqueles que este ensaio poderia ter”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. Direito das obrigações: de elementos caracterizadores para compreensão do Livro I da parte especial do Código Civil. CANEZIN, Claudete (org). *Arte Jurídica*. v. I. Curitiba: Juruá, 2004, p. 277-291.

De outro lado, a aplicação de tais deveres de proteção também são plenamente justificáveis dentro do campo da responsabilidade civil extracontratual.

Com efeito, assim como se fez necessária uma refundamentação da relação jurídica obrigacional, evidenciando-se a necessidade de mudança de sua perspectiva, o mesmo certamente deve acontecer no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, que igualmente vivencia um período de crise estrutural, dos seus pressupostos e de seus fundamentos.

Vale dizer, como se busca demonstrar, a internalização da prevenção no Direito da responsabilidade civil independe de o regime de responsabilidade ser o negocial ou o extracontratual. Isso se deve, sobretudo, à constatação de uma notória e crescente aproximação dos regimes referidos.

De fato, não se pode perder de vista que o sistema de responsabilidade civil é uno, sobretudo porque fundado indistintamente na violação de um dever jurídico preexistente.⁵²⁷ Isto é, em que pesem as diferenças entre os sistemas da responsabilidade contratual e extracontratual, seja em razão de suas fontes (contrato ou delito) e estruturas previstas no Código Civil,⁵²⁸ não se pode conceber referidos sistemas como autônomos e estanques entre si. Há excelentes razões para que, contrariamente ao que se tem sustentado correntemente, o sistema de responsabilidade civil migre muito mais para uma unificação do que para uma fragmentação.

Acerca da unicidade dos regimes de responsabilidade civil, explica AGUIAR DIAS:

Como se verifica, não se pode encarar a responsabilidade contratual como simples problema de efeito das obrigações. Se o contrato é uma fonte de obrigações, a sua inexecução também o é. Quando ocorre a inexecução, não é a obrigação contratual que movimenta o mundo da responsabilidade. O que se estabelece é uma obrigação nova, que se substitui à obrigação

⁵²⁷ De acordo com Rui STOCO, “Tenha-se em mente, porém, que a responsabilidade extracontratual e a contratual regulam-se racionalmente pelos mesmos princípios, porque a ideia de responsabilidade, como já enfatizado, é una.” *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 165-166.

⁵²⁸ Atualmente o Código Civil prevê em seu Livro I da Parte Especial: Título I – As modalidades de obrigações; Título II – Os meios de transmissão; Título III – As formas de extinção pelo adimplemento; Título IV – O inadimplemento. Pertinente a responsabilidade civil extracontratual: Parte Geral – artigos 186 e 187 do Código Civil as condições da ilicitude; Parte Especial- arts. 927 a 943 a obrigação de indenizar e dos artigos 944 a 954 do Código Civil a indenização propriamente. Ressalta-se que o legislador ao prever a autonomização da obrigação de indenizar os seus efeitos são comuns as várias modalidades de responsabilidade civil (contratual, extracontratual, subjetiva, objetiva).

preexistente no todo ou em parte: a obrigação de reparar o prejuízo consequente à inexecução da obrigação assumida. Essa verdade se afirmará com mais vigor se observarmos que a primeira obrigação (contratual) tem origem na vontade comum das partes, ao passo que a obrigação que a substitui por efeito de inexecução, isto é, a obrigação de reparar o prejuízo, advém, muito ao contrário, contra a vontade do devedor: este não quis a obrigação nova, estabelecida com a inexecução da obrigação que contratualmente consentira. Em suma: a obrigação nascida do contrato é diferente da que nasce de sua inexecução. Assim, sendo, a responsabilidade contratual é também fonte de obrigações, como a responsabilidade delitual. Nos dois casos, tem lugar uma obrigação; em ambos, essa obrigação produz efeito.⁵²⁹

A tradicional divisão entre os regimes de responsabilidade civil contratual e extracontratual vem sendo posta em discussão muito em razão da proliferação dos novos tipos de danos sofridos pela sociedade de massa e da complexidade de determinadas relações jurídicas (que suscitam a especialização de determinadas atividades econômicas e profissionais), que não se ajustam aos modelos previstos até então.⁵³⁰

De acordo com ALPA, do ponto de vista formal, historicamente a divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual foi fundamentada a partir das fontes, vale dizer, do inadimplemento da obrigação e da prática de um ato ilícito, respectivamente. Todavia, atualmente as obrigações contratuais são consideradas como estruturas complexas compostas por uma série de deveres acessórios, o que impõe uma revisitação da distinção tradicional dado que “não existe uma diferença de natureza entre as duas obrigações, mas apenas uma diferença de regime”⁵³¹

Nesse sentido, inclusive, COUTO E SILVA afirma que a relação jurídica obrigacional não surgiria originariamente a partir dos seus modelos tradicionais, atos ilícitos e os negócios jurídicos, mas sim, a sua fonte originária seria derivada do denominado “contato social”, concebido como *fattispecie* comum a ambas. Afirma o

⁵²⁹ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 6ª ed. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 141-144.

⁵³⁰ Afirma AGUIAR DIAS, ao referir-se ao revogado Código Civil de 1916, “nisto acompanha a generalidade das codificações mais antigas, contra as quais se manifesta a tendência das legislações modernas, inclinadas à unificação, tendo em vista o fundamento comum da falta de diligência em relação ao direito alheio.” AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 6ª ed. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 141-144.

⁵³¹ “In altri termini, non esisterebbe una differenza per «natura» tra le due obbligazioni, ma solo una differenza di regime”. ALPA, Guido. *Responsabilità civile e danno: lineamenti e questioni*. Il Mulino, 1991, p. 17-18

autor que “a noção de contato social possui diversos níveis de concretização que se refletem na intensidade dos deveres e também nas reparações a serem devidas.”⁵³²

Adverte ARAÚJO que, apesar da importância que a distinção entre as responsabilidades contratual e extracontratual suscita para o movimento da *Law and Economics*, não se pretende sustentar que referido movimento “negue as convergências e sobreposições que existem entre os dois ramos da responsabilidade civil ou se desinteresse delas, não sendo assim tão raras as análises que são válidas para ambos os ramos, ou que o são com um mínimo de necessidade de adaptação”.⁵³³

Em sentido similar, VINEY sustenta que muito embora sejam evidentes as diferenças entre os regimes de responsabilidade contratual e extracontratual, em razão de suas fontes, condições, elementos e efeitos, não se pode desconsiderar que a partir do desenvolvimento de relações jurídicas complexas e atípicas, em que se torna cada vez mais difícil saber exatamente qual regime seria o mais adequado, vem surgindo uma notória tendência de unificação de regimes, a ponto de, em determinadas hipóteses que merecem especial tratamento sob o contexto da responsabilidade, ignorar-se por completo, radicalmente, qualquer tipo de distinção entre as responsabilidades contratual e extracontratual, em homenagem ao mais pleno e adequado tratamento das vítimas.⁵³⁴

⁵³² COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *Principes Fondamentaux de La Responsabilité Civile em Droit Bresilien et Compare*, 1988, p. 3 e segs. E, ainda, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 402.

⁵³³ ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 831-832.

⁵³⁴ Afirma Geneviève VINEY que referida tendência vem ocorrendo, sobretudo, com transportes aéreos, transportes marítimos, ferroviários internacionais, profissionais da construção e da saúde. VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*. 3. éd., Paris: L.G.D.J., 2007, p. 668. Continua referida autora: “Ainsi, on constate que, peu à peu, grâce à l'apparition de regimes spéciaux qui transcendent la distinction entre regime contractuel et regime délictuel, celle-ci tend à perdre sa position de «summa divisio» de la responsabilité civile. On peut donc en conclure qu'il est inutile et même nuisible de chercher à faire entrer à tout prix tous les cas de responsabilité dans les deux catégories «contractuelle» et «délictuelle». D'autres regimes sont concevables et il serait désastreux que, pour respecter une simple classification abstraite et théorique qui n'est d'ailleurs imposée ni par les textes ni par un impératif logique indiscutable, on sacrifie les véritables intérêts en jeu qui consistent à assurer correctement la réparation des dommages et à prévenir les comportements anti sociaux. En particulier, il paraît aujourd'hui tout à fait normal et nécessaire d'aménager des regimes autonomes par rapport aux deux systèmes elaborés à partir des textes du Code civil, et Ceci en particulier dans le secteur des responsabilités professionnelles ou l'intervention du législateur est de plus en plus sollicitée afin d'assurer la protection des consommateurs de biens et de services et d'unifier les règles applicables à toutes les victimes indépendamment de l'existence ou de l'absence d'un lien contractuel avec le professionnel responsable. Cependant, afin d'éviter que cette évolution n'expose le droit de la responsabilité civile à une fragmentation excessive, nous pensons qu'il importe de maintenir un regime de «droit commun» aussi large et unitaire que possible en réduisant les différences de principe existant entre responsabilités contractuelle et délictuelle au minimum qu'exige le respect du contrat et de n'admettre

Tal tendência de unificação de regimes revela-se particularmente importante no campo das relações jurídicas das quais possam derivar prejuízos em massa, tal como ocorre com as relações envolvendo direitos metaindividuais, que levam o próprio legislador a intervir no campo da responsabilidade, criando regimes diferenciados, como se dá nas relações consumeristas e ambientais, dentre outras.

Se essa tendência unificadora já incide sobre a chamada responsabilidade civil repressiva (voltada à indenização dos danos), não há razão para que também não incida no âmbito da responsabilidade civil preventiva, ora sustentada.

Com efeito, a ideia de se proteger a integridade dos direitos por via de mecanismos predispostos seja ao adimplemento das obrigações, seja ao respeito dos deveres jurídicos relacionados com o princípio do *neminem laedere*, resta evidente que a responsabilidade civil preventiva fundamenta-se e justifica-se, indistintamente, tanto no campo das relações jurídicas obrigacionais como fora dele.

Aliás, ao se preconizar a responsabilidade civil preventiva para a tutela da integridade dos direitos, o grande objetivo é a proteção de credores ou dos titulares dos direitos subjetivos, tanto como persegue a responsabilidade civil repressiva. Vale dizer, não se pretende retirar de foco a possível e eventual vítima, mas, ao contrário, priorizar-se a sua tutela, viabilizada de forma a evitar que aqueles credores ou titulares dos direitos passem à condição de “vítimas”.

de dérogations à ce statut general que lorsqu'elles sont réellement commandées par la spécificité de la situation ou de l'activité qui donne lieu à la responsabilité.” VINEY, Geneviève. Traité de droit civil: introduction à la responsabilité. 3. éd., Paris: L.G.D.J., 2007, p. 669. Tradução livre: “Assim, constatamos que, pouco a pouco, graças ao aparecimento de regimes especiais que transcendem a distinção entre regime contratual e regime delitual, ela tende a perder sua posição de «summa Divisio» da responsabilidade civil. Assim, podemos concluir que é inútil e até prejudicial tentar fazer caber a todo preço todos os casos de responsabilidade nas duas categorias «contratual» e «delitual». Outros regimes são concebíveis e seria desastroso que, para atender a uma simples classificação abstrata e teórica que não é imposta nem por qualquer texto nem por um imperativo lógico indiscutível, sacrifiquemos os verdadeiros interesses que estão em jogo que consistem em garantir corretamente a reparação do dano e prevenir comportamentos anti-sociais. Em particular, parece hoje perfeitamente normal e necessário desenvolver regimes autônomos em relação aos dois sistemas desenvolvidos a partir dos textos do Código Civil, e em particular, o setor das responsabilidades profissionais onde a intervenção do legislador é mais e mais solicitada para assegurar a protecção dos consumidores de bens e serviços e para unificar as regras aplicáveis a todas as vítimas, independentemente da existência ou ausência de relação contratual com um profissional responsável. No entanto, para evitar que esse desenvolvimento exponha o direito da responsabilidade civil à uma fragmentação excessiva, acreditamos que é importante manter um regime de «direito comum» tão amplo e unitário quanto possível, reduzindo as diferenças de princípio existentes entre responsabilidades contratual e delitual ao mínimo que exige o contrato e não admite derrogações a esse estatuto geral assim que sejam realmente exigidos pela especificidade da situação ou da atividade que dá lugar à responsabilidade”.

Dáí, pois, a necessária e natural unificação da responsabilidade civil preventiva, objetivando emprestar adequada proteção tanto ao adimplemento das obrigações como à concretização dos direitos.

4.3 OS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO: A REFUNDAMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DETERMINADA PELA MUTAÇÃO QUALITATIVA E QUANTITATIVA DOS DANOS E PELA VERIFICAÇÃO DOS RISCOS CONCRETOS OU ABSTRATOS DE SUA OCORRÊNCIA

O dano sempre ocupou um papel absolutamente central e imprescindível no âmbito do direito da responsabilidade civil, que foi forjado ao redor do objetivo de encontrar as mais adequadas justificativas e as melhores técnicas para viabilizar a sua integral reparação.

Por isso mesmo, a própria noção a respeito do significado de “ser responsável” juridicamente sempre foi atrelada à ideia da obrigação de reparar danos injustamente provocados a outrem. Na ausência do dano, assim, não seria razoável compreender-se como alguém poderia vir a ser considerado “responsável” *ex ante*, até em função da inexistência da formação de uma autêntica relação jurídica obrigacional entre vítimas e ofensores.⁵³⁵

Assim compreendida a lógica dos sistemas de responsabilidade civil, fica extremamente difícil enxergar-se qualquer justificativa ou possibilidade de neles se inserir, de alguma forma, a prevenção. Isso porque *responsabilidade sem dano* denotaria uma verdadeira subversão, uma contradição em termos.

Todavia, e por mais paradoxal que se possa considerar a ideia, é justamente a partir da imensa relevância e centralidade que o dano ocupa no Direito de responsabilidade civil que se propugna, hodiernamente, pela refundamentação

⁵³⁵ “Sin embargo, debido a la evolución de la sociedad, actualmente vale la pena cuestionarse sobre si la responsabilidad civil podría estar presente *ex ante* en relación con el acaecimiento del daño, para evitarlo?. Podría ella intervenir cuando existe simplemente una amenaza, una sospecha fundada, la incertidumbre sobre la existencia de un riesgo? En otros términos, podría una persona ser declarada jurídicamente responsable por *amenazar* el interés individual o colectivo?”. Tradução livre: “Todavia, devido à evolução da sociedade, atualmente vale a pena questionar-se sobre se a responsabilidade civil poderia estar presente *ex ante* em relação à ocorrência do dano, para evitá-lo? Poderia ela intervir quando existe simplesmente uma ameaça, uma suspeita fundada, a incerteza sobre a existência de um risco? Em outros termos, poderia uma pessoa ser declarada juridicamente responsável por ameaçar o interesse individual ou coletivo?”. TRONCOSO, María Isabel. El principio de precaución y la responsabilidad civil. Universidad Externado de Colombia *Revista de Derecho Privado*, n.º 18, 2010, p. 206.

desse instituto motivada pela verificação das profundas mutações qualitativas e quantitativas dos danos que assoberbam e assombram a sociedade do século XXI.⁵³⁶

Como parece intuitivo historicamente, o conceito, a tipologia e a gravidade dos danos que inspiraram a formatação dos sistemas de responsabilidade civil ao longo dos tempos variou sob uma perspectiva proporcional à própria transformação da sociedade pré-industrial, pós-industrial e neo industrial.⁵³⁷

Trata-se de danos que, para além de se revelarem cada vez mais expressivos quantitativamente, desafiam muitas vezes a própria ciência no que diz respeito à sua caracterização ontológica, vale dizer, à sua tipificação, demonstração e combate, o que gera, obviamente, imensa preocupação nos ordenamentos jurídicos do mundo inteiro.

Em diversos aspectos, assim, algumas espécies de danos passam a ser considerados verdadeiramente *irreparáveis*, vale dizer, não comportando qualquer mensuração econômica substitutiva *ex post*, seja em função da natureza dos direitos de cuja violação derivam (v.g., a vida, a liberdade, a saúde, e os demais direitos de personalidade), seja em função da inviabilidade de a solução indenizatória, ainda que possível, chegar equitativamente nas mãos das vítimas.

A explicação para essa transformação da forma de tratamento jurídico dos danos é dada por SEGUÍ:

Em sua natureza, a transformação obedece a várias razões: à proliferação, fragmentação, e refinamento dos prejuízos, à "complexidade dos danos" que,

⁵³⁶ Como destaca VINEY, aprioristicamente, a ideia de reparação orienta o passado. Trata-se de dar remédio a um prejuízo já ocorrido. Todavia, em determinados domínios, como, por exemplo, dos problemas de vizinhança, da concorrência desleal, dos atentados contra os direitos reais ou aos direitos da personalidade, essa ótica se afeiçoa muito rapidamente insuficiente. Apercebeu-se que à reparação das manifestações passadas do dano deve se juntar a tomada de consideração pelo futuro, a fim de impedir a continuidade ou a renovação dos prejuízos contatados. Nesse sentido, certos sistemas jurídicos tem criado procedimentos puramente preventivos, cuja aplicação não está subordinada sequer a um começo de realização de danos, podendo funcionar a partir de uma simples ameaça de prejuízo", VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: Les effets de la responsabilité*. 3 ed., Paris, L.G.D.J., 2010, p. 29.

⁵³⁷ Segundo anota SEGUÍ, "El proceso iniciado por la revolución industrial, 'con sus secuelas de maquinismo y urbanismo, desembocó en la sociedad postindustrial (Bell)', - con otras denominaciones - superindustrial (Toffler) y neoindustrial (Valaskakis) - y en ella 'las posibilidades de sufrir daños se incrementaron enormemente'. Tradução livre: "O processo iniciado pela evolução industrial, 'com suas seqüelas do maquinismo e urbanismo, desembocou na sociedade pós-industrial (Bell)' – com outras denominações superindustrial (Toffler) e neoindustrial (Valaskakis) – e nela as possibilidades de sofrer danos se incrementaram enormemente". SEGUÍ, Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 52, out.-dez., 2004, p. 290.

como o ecológico compreende não apenas coisas, mas relações de coisas 'ainda mais importantes que as coisas', na medida em que pode traduzir-se em ruptura de um equilíbrio nos processos ou ecossistemas e, finalmente, a que a curva de agravamento do dano é exponencial, passamos do tempo dos acidentes ao das catástrofes, e a ausência de fronteiras espaciais e temporais da danosidade introduz uma nova categoria que exigiria um tratamento diferenciado: os danos graves e irreversíveis. "A partir desta perspectiva, também se exige uma nova reviravolta nos seguintes termos: "não se trata aqui de reparar, porque é impossível reparar o irreparável nem voltar atrás do irreversível; trata-se de impedir, de prevenir, de tratar com discernimento para que os danos não se produzam, de responsabilizar e de responsabilizar-se"⁵³⁸

Nesse sentido, em que pese não se ter percebido a alteração do polo central do Direito da responsabilidade civil (o dano), percebe-se, por outro lado, uma inversão fundamental no sentido de se buscar enxergá-lo antecipadamente pelo retrovisor, intentando-se precaver da melhor forma possível a sua ocorrência.

Daí, portanto, a essencial lógica da refundamentação preventiva do chamado "*Direito de Danos*" ora preconizada.

Para tanto, tem-se sustentado a necessidade de os ordenamentos jurídicos (tanto quanto os sistemas de tutela jurisdicional) priorizarem a aplicação dos princípios da *prevenção* e da *precaução*, cujos campos de atuação alastram-se com notável extensão e velocidade, precisamente para atender ao objetivo de contenção dos danos, sobretudo quando se apresentem, respectivamente, já comprovados ou altamente prováveis.

Muito embora por vezes os conceitos sejam confundidos, a distinção entre prevenção e precaução reside, fundamentalmente, no grau de possibilidade da efetiva ocorrência das consequências lesivas decorrentes da hipótese cujo risco se busca calcular. Como salientam KOURILSKY e VINEY,

A distinção entre risco potencial e risco comprovado fundamenta a distinção paralela entre precaução e prevenção. A precaução é relativa a riscos

⁵³⁸ "En su naturaleza, la transformación obedece a varias razones: a la multiplicación, fragmentación y 'afinamiento de los perjuicios', a la 'complejidad de daños' que como el ecológico comprende no sólo cosas, sino 'relaciones' de cosas 'todavía más importantes que las cosas', en la medida en que puede traducirse en la ruptura de un equilibrio en los procesos o en los ecosistemas, y finalmente, a que la curva de agravación de los daños es exponencial, pasamos del tiempo de los accidentes al de las catástrofes y la ausencia de fronteras espaciales y temporales de la dañosidad introduce una nueva categoría que estaría requiriendo un trato diferencial: 'los daños graves e irreversibles'. Desde esta perspectiva, también se reclama un nuevo giro de tuerca en los siguientes términos: no se trata aquí de reparar, porque es imposible reparar lo irreparable ni de volver atrás sobre lo irreversible; se trata de impedir, de prevenir, de tratar con discernimiento para que los daños no se produzcan, de responsabilizar y de responsabilizarse". SEGUÍ, Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. Revista de Direito do Consumidor, vol. 52, out.-dez., 2004, p. 291.

potenciais e a prevenção a riscos conhecidos. Confundem-se frequentemente precaução e prevenção. Pensa-se geralmente que os riscos potenciais são pouco prováveis e se os assimila inconscientemente a riscos comprovados cuja probabilidade é tão menor que eles estão bem controlados. Isso é duplamente inexato. Primeiro, as probabilidades não são da mesma natureza (no caso da precaução, trata-se da probabilidade de que a hipótese seja exata; no caso de prevenção, a periculosidade é estabelecida se trata da probabilidade de acidente). Além disso, e sobretudo, os riscos potenciais, apesar do seu carácter hipotético, podem ter uma alta probabilidade de ocorrência. Na prática, contudo, a precaução pode ser compreendida como uma extensão dos métodos de prevenção aplicado a riscos incertos.⁵³⁹

De um lado, a previsibilidade da produção de danos decorrentes da sociedade industrial embasou a construção da teoria da responsabilidade civil objetiva, compreendida como um “complexo mecanismo de distribuição dos riscos das atividades econômicas, socializando, preventiva e corretivamente, os prejuízos das iniciativas dos agentes econômicos no mercado (já que os custos poderão ser embutidos no preço), além de incentivar socialmente o seguro (normas promocionais)”.⁵⁴⁰ Por outro lado, a fundada probabilidade da ocorrência de danos decorrentes da violação de direitos fundamentais, sobretudo os de natureza extrapatrimonial que não comportam apropriada indenização, deve passar a inspirar também agora a implementação de um sistema de responsabilidade civil genuinamente preventivo, fundado na compreensão do significado e alcance da

⁵³⁹ “La distinction entre risque potentiel et risque avéré fonde la distinction parallèle entre précaution et prévention. La précaution est relative à des risques potentiels et la prévention à des risques avérés. On confond fréquemment précaution et prévention. On pense souvent que les risques potentiels sont peu probables et on les assimile inconsciemment à des risques avérés dont la probabilité est d’autant plus faible qu’ils sont bien maîtrisés. Ceci est doublement inexact. D’abord, les probabilités ne sont pas de même nature (dans le cas de la précaution, il s’agit de la probabilité que l’hypothèse soit exacte; dans le cas de la prévention, la dangerosité est établie et il s’agit de la probabilité d’accident). En outre, et surtout, les risques potentiels, en dépit de leur caractère hypothétique, peuvent avoir une probabilité de réalisation élevée. Dans la pratique, néanmoins, la précaution peut être comprise comme le prolongement des méthodes de prévention appliquées aux risques incertains”. KOURILSKY, Philippe e VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution*, Paris, Editions Odile Jacob, 2000, p. 18.

⁵⁴⁰ A esse respeito ressalta ainda TIMM: “A sofisticação dos argumentos em prol de uma responsabilização objetiva dos criadores de risco à sociedade, especialmente das sociedades empresariais, aparece quando se percebe que o capitalismo industrial acabou por despersonalizar o processo de produção de bens (antigamente conduzido pelo artesão, controlado e submetido a corporações de ofícios) e afastou o produto do trabalho dos indivíduos que participaram do processo de produção. Nesse sistema social, a produção de bens e serviços é mecanizada, massificada, assim como a distribuição e o consumo - fato que potencializa os acidentes e os eventos danosos. Ademais, na sociedade industrial, os defeitos na produção (que acontecem inevitavelmente) não são acaso, são situações, no mais das vezes, previsíveis, portanto, evitáveis e plenamente contabilizáveis (X % dos carros tendem a sair com defeito da planta; X % dos aparelhos celulares produzidos têm defeito) - isso significa que os riscos são calculáveis e não mais um acaso do destino”. TIMM, Luciano Benetti. Os grandes modelos de responsabilidade civil no direito privado: da culpa ao risco, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 55, p. 149, Jul/2005, p. 5.

chamada tutela inibitória, voltada contra a prática, reiteração ou manutenção da ilicitude.

Vale dizer, tanto a prevenção como a precaução, ainda que princípios cujos fundamentos e conteúdos sejam distinguíveis, comportam aplicação cada vez mais acentuada no campo da responsabilidade civil, na medida em que buscam dimensionar concreta ou abstratamente os riscos,⁵⁴¹ antecipando prováveis ou possíveis lesões decorrentes da violação de determinados interesses ou direitos.

Dessa forma, seja orientando o legislador (para a implementação de normas protetivas de direitos ou interesses que justifiquem, por sua essencialidade e para sua tutela, a determinação de deveres de atuação ou de abstenção por parte de seus destinatários), seja orientando os magistrados (quando do exercício da função jurisdicional e da eventual implementação das técnicas processuais preventivas – destacadamente a inibitória), referidos princípios se apresentam como renovados fundamentos aptos a ampliar e aprofundar o Direito de responsabilidade civil, passando a conformá-lo e operacionalizá-lo não apenas com vistas ao passado, mas também vislumbrando o futuro.⁵⁴²

⁵⁴¹ De acordo com LOPEZ, comumente se afirma que “a doutrina da ‘socialização dos riscos’ tem fundamento ético na solidariedade social como necessidade de reparação integral de todos os danos. Há de se proteger as vítimas. Os riscos criados não se consideram mais simples riscos individuais. São riscos sociais e não é justo que os homens respondam por eles individualmente. (...) O que importa é que se repartam as consequências danosas entre todos os membros da sociedade. O risco se coletiviza. Socializa-se a responsabilidade, no dizer de Savatier. (...) Com a socialização dos riscos há a diluição do valor das indenizações por toda a comunidade, pois o mecanismo do contrato de seguro faz com que não pese essa dívida para o segurador nem para os segurados. (...) A socialização dos riscos depende do Seguro Social e do Seguro privado obrigatório”. No entanto, referida autora, ao criticar a ideia de socialização dos riscos e do seguro aduz: “é preciso lembrar que a ‘socialização dos riscos’ trata do ressarcimento dos danos de forma integral, sem se preocupar com o evento-dano. Porém, na visão do século XXI, muito mais importante na proteção do ser humano é a prevenção e a precaução dos perigos e desastres, pois, mesmo que as indenizações sejam vultosas, o que importa é o respeito à integridade física e psíquica da pessoa humana.” Afirma LOPEZ que a socialização dos riscos no sistema neozelandês “apresentou problemas graves de déficit no orçamento do governo, gerando estagnação no crescimento e perdendo a competitividade em nível mundial. (...). Mas o pior da socialização de riscos na Nova Zelândia foi o enfraquecimento da função preventiva das condutas de riscos. Em suma, a ampla ‘socialização dos riscos’ pode tirar o incentivo da tomada de precaução diante dos riscos e da prevenção de perigos. Sem dúvida, o seguro é o oposto da prevenção. LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 51-55.

⁵⁴² Observe-se, nesse sentido, como a jurisprudência nacional vem destacando e distinguindo os princípios da prevenção e da precaução para efeitos de tutela jurisdicional diferenciada: “ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TELEFONIA MÓVEL. INSTALAÇÃO DE NOVAS ESTAÇÕES RÁDIO-BASE (ANTENAS). NECESSIDADE DE PRÉVIA LICENÇA AMBIENTAL. EXIGÊNCIA DE MEDIÇÃO DE RADIAÇÃO PARA OBTENÇÃO E RENOVAÇÃO DA LICENÇA DE FUNCIONAMENTO. 1. Em sede de antecipação de tutela, mostra-se plausível o ato judicial de 1º grau que condicionou a instalação/funcionamento de novas Estações Rádio-Base (ERB's) de telefonia celular à realização de prévio estudo de impacto ambiental, com vistas a resguardar os limites de radiação emitida das antenas de telefonia, a fim de se evitar a potencialidade ofensiva à

Nesse sentido, com base na estimativa de riscos de perigo concreto, o princípio da prevenção já vem sendo utilizado em larga escala para fundamentar a criação de estatutos normativos e intervenções judiciais protetivas da própria hipossuficiência individual em determinadas áreas, objetivando tutelar preventiva e ou curativamente, dentre outros, trabalhadores,⁵⁴³ consumidores,⁵⁴⁴ crianças e adolescentes.⁵⁴⁵

O Código Civil brasileiro passou a estabelecer, nos artigos 932 e 933, renovadas hipóteses de imputação objetiva da responsabilidade civil “por fato de outrem”. Trata-se da regulação de determinadas espécies de relações jurídicas das quais é razoável exigir-se maiores deveres de cuidado, por parte daqueles a quem a

saúde e ao meio ambiente. Aplicação dos princípios da precaução (havendo dúvida sobre o potencial deletério de determinada ação sobre o ambiente, recomenda-se decisão mais conservadora, evitando-se a ação) e a da prevenção (sendo possível prever que certa atividade possa vir a ser danosa, ela deve ser evitada)”, BRASIL, TRF 1ª Região, Quinta Turma, AG nº 200801000218624, Rel. Des. Federal Fagundes de Deus, e-DJF1, 26/03/2010, p. 371.

⁵⁴³ Anote-se recente aresto do Tribunal Superior do Trabalho, responsabilizando civilmente o empregador com base no princípio da prevenção: “RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. LESÃO POR ESFORÇOS REPETITIVOS. DIGITAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERVALOS A CADA 90 MINUTOS RECONHECIDA EM RECLAMATÓRIA TRABALHISTA PRETÉRITA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. O mero fato de a doença não ter sido provocada exclusivamente pelo trabalho não é suficiente para afastar a responsabilidade do empregador, pois se o empregado poderia desenvolver a moléstia desde antes da celebração do contrato de trabalho, era dever da empresa assegurar-lhe condições de trabalho que não acelerassem o agravamento das condições físicas. Recurso de revista conhecido e provido”, (BRASIL - TST - RR 40800-02.2005.5.20.0006 , Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 07/03/2012, 3ª Turma, Data de Publicação: 03/04/2012).

⁵⁴⁴ Recorde-se que, no âmbito das relações de consumo, a Lei nº 8.078/90 erige, no art. 6º, inciso VI, como direito básico do consumidor, “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

⁵⁴⁵ Especificamente quanto à proteção das crianças e adolescentes, interessante aplicação do princípio da prevenção se infere de recente julgamento realizado pelo STJ, no âmbito de ação proposta pelos pais de um menor que, dos mesmos acompanhado, fora impedido de adentrar a um espetáculo teatral em função de a classificação indicativa ser desaconselhável à sua idade. Com base na Lei nº 8.069/90 (ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente), entendeu o Tribunal correta a atuação do empresário de impedir a entrada do menor, atendendo-se à sua proteção preventiva legislativamente buscada: “O ECA, como a maior parte da legislação contemporânea, não se satisfaz com a simples tarefa de indicar os meios legais para que se reparem os danos causados a este ou aquele bem jurídico. O legislador, antes de tudo, quer prevenir a ocorrência de lesão aos direitos que assegurou. Foi com intuito de criar especial prevenção à criança e ao adolescente que o legislador impôs ao poder público o dever de regular as diversões e espetáculos públicos, classificando-os por faixas etárias (art. 74, ECA) (...). Era razoável que o empresário vedasse a entrada de menor em espetáculo classificado como impróprio, ainda que acompanhado de seus pais. Havia motivos para crer que a classificação era impositiva, pois o art. 258 do ECA estabelecia sanções administrativas severas ao responsável por estabelecimento ou o empresário que deixasse de observar as disposições desse mesmo diploma legal “sobre o acesso de criança ou adolescente aos locais de diversão, ou sobre sua participação no espetáculo”, REsp 1209792/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/11/2011, DJe 28/03/2012. Sob o mesmo fundamento, anteriormente o STJ também já havia admitido como regular cumprimento de dever legal a retirada de uma sala de cinema de um pai e de seu filho menor, que estavam assistindo a filme cuja classificação indicativa também desaconselhava a presença desse último (REsp 1072035/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 28/04/2009, DJe 04/08/2009).

legislação faz incidir a responsabilidade, precisamente para a prevenção de possíveis danos e ou para a facilitação da indenização dos causados.⁵⁴⁶

Vale dizer, a incidência do regime de responsabilidade civil objetiva dos pais pelos atos dos filhos menores, ou dos empregadores por atos dos seus prepostos ou empregados, por exemplo, bem ilustra como o legislador brasileiro internalizou (ainda que talvez involuntariamente) o princípio da prevenção no direito da responsabilidade, na medida em que se baseou na ameaça ou no risco da produção de acidentes derivados das hipóteses reguladas que, segundo parte da doutrina, suscitarium a implementação da objetivação da responsabilidade pelo chamado “risco-proveito”, como destaca HIRONAKA:

Contudo, o que mais se destaca, talvez, como novidade a ser considerada é a revolução provocada pela nova Lei em matéria de responsabilidade por fato de outrem, pela adoção da teoria do risco proveito e pelo consequente abandono, enfim, do frágil estratagema da inversão do ônus da prova. E, assim, o colossal artigo 933 do novo Código, em caráter coadjuvante, determina que as pessoas indicadas no artigo antecedente (os pais, o tutor, o curador, o empregador) responderão pelos atos daqueles indicados e a eles relacionados (os filhos menores, os pupilos, os curatelados e os empregados), ainda que não haja culpa de sua parte. Trata-se da tão ansiada transição da culpa presumida e do ônus probatório invertido para uma objetivação efetiva dessa responsabilidade em caso.⁵⁴⁷

Como adiante se demonstra, a imputação da responsabilidade objetiva pode implicar um melhor sentido dissuasório, como anota a doutrina da *Law and Economics*, na medida em que suscita a adoção de maiores e melhores cuidados contra acidentes por parte dos responsáveis, sobretudo por terem prévio conhecimento de que a produção de quaisquer danos que lhes sejam atribuíveis, por

⁵⁴⁶ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

⁵⁴⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil: o estado da arte, no declínio do segundo milênio e albos de um tempo novo. *Responsabilidade civil – estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 213.

ação ou omissão direta ou indireta, deverá ser objeto de integral reparação, sem que possam eximir-se da responsabilidade com base na ausência de culpabilidade.

Exatamente por isso, para além de facilitar a indenização das vítimas, o novo regime de imputação objetiva por fato de outrem, previsto no art. 933 do Código Civil, representa relevante instrumento dissuasório alicerçado no princípio da prevenção e, portanto, mecanismo inibitório material capaz de refundamentar a responsabilidade civil preventiva.

Para além da ampliação da aplicabilidade da prevenção, também vem ganhando força no campo da responsabilidade civil a aplicação do princípio da precaução, na medida em que se passa a imaginar e constatar hipóteses cada vez mais alastradas de riscos de produção de gravíssimos e irremediáveis danos. Nesses casos, em que pese a inegável abstração que reconduz a uma virtual “idealização dos riscos”, tem-se compreendido que uma tal abstração é não apenas justificável como necessária, para fundamentar um regime diferenciado de imputação de uma renovada hipótese de responsabilidade, voltada eminentemente para o futuro e antecipatória dos prejuízos que se pretende evitar.

Nessas hipóteses, a adequada assimilação do princípio da precaução passa a ser absolutamente vital, “porquanto o modo de atuação dessa figura jurídica vai levar à consequência da sua inclusão ou não dentro da sistemática de responsabilidade civil como um modo de antecipação dos danos futuros”.⁵⁴⁸

Com base no princípio da precaução, alude-se inclusive à instauração de um novo regime de responsabilidade civil objetiva, fundada no *risco abstrato*. Tratar-se-ia da já denominada “responsabilidade civil sem dano”, que intenta, em verdade, evitar os danos por via da adoção de técnicas tipicamente inibitórias.

A incidência de tal modelo de responsabilidade civil, fundada no princípio da precaução, já é largamente sustentada no campo do Direito ambiental que, no Brasil, possui uma importante e moderna regulação constitucional⁵⁴⁹ e

⁵⁴⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, São Paulo, Quartier Latin, 2010, p. 90.

⁵⁴⁹ Verifique-se o regime protetivo ambiental estabelecido pelo art. 225 da CF: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei,

infraconstitucional,⁵⁵⁰ para além de uma cada vez mais ativa intervenção protetiva em sede jurisprudencial.⁵⁵¹

Todavia, muito mais do que um princípio político a incidir em específicos campos da responsabilidade civil, como o ambiental, a precaução tem sido apontada como um possível novo fundamento de uma renovada responsabilidade, comprometida com a prevenção de futuros e graves danos.

Nesse passo, a mais destacada e original doutrina a respeito dessa refundamentação da responsabilidade viabilizada por via da aplicação do princípio da precaução provém dos estudos empreendidos por THIBIERGE, para quem

vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. § 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

⁵⁵⁰ Para além da previsão constitucional do art. 225 (supra citado), a Lei nº 6.938 estabelece (art. 4º, I e VI) como objetivos da política nacional do meio ambiente, respectivamente, a “compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico” e a “preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida.” Ainda, a Lei nº 9.605/1998 (art. 54, § 3º), ao tipificar o crime de poluição ambiental (“Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa”), estabelece que “Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível” (§3º).

⁵⁵¹ O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de admitir a aplicabilidade do princípio da precaução, especificamente no campo do direito ambiental, *v.g.*, no âmbito da ADPF nº 101, pela qual se pleiteou a vedação da importação de pneus usados para fins de reciclagem. No âmbito do julgamento de parcial procedência da ação em Plenário, em 11/03/2009, “a Ministra Carmen Lúcia deixou consignado histórico sobre a utilização do pneu e estudos sobre os procedimentos de sua reciclagem, que demonstraram as graves conseqüências geradas por estes na saúde das populações e nas condições ambientais, em absoluto desatendimento às diretrizes constitucionais que se voltam exatamente ao contrário, ou seja, ao direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Asseverou que, se há mais benefícios financeiros no aproveitamento de resíduos na produção do asfalto borracha ou na indústria cimenteira, haveria de se ter em conta que o preço industrial a menor não poderia se converter em preço social a maior, a ser pago com a saúde das pessoas e com a contaminação do meio ambiente. Fez ampla consideração sobre o direito ao meio ambiente — salientando a observância do princípio da precaução pelas medidas impostas nas normas brasileiras apontadas como descumpridas pelas decisões ora impugnadas —, e o direito à saúde”, Informativo nº 538 do STF, extraído do site www.stf.jus.br/informativos/538.

Esse novo fundamento, a pesquisar e a introduzir pouco a pouco, poderia ser aquele da precaução, noção que possui a vantagem de já constituir um princípio internacional, comunitário e interno, em áreas tão diversas – mas ligadas – como o meio ambiente e a saúde; segundo esse princípio, «a ausência de certezas, tendo em conta os conhecimentos científicos e técnicos do momento», não deve retardar a adoção de medidas efetivas e proporcionais visando prevenir um risco de danos graves e irreversíveis. De outro lado, esse novo fundamento permitiria o alargamento da função da responsabilidade civil. A isso poderíamos ser tentados a responder que dentro da teoria clássica, à função normativa da responsabilidade se junta uma função preventiva antes vigorosamente destacada pelo professor Tunc, que sublinhou seu caráter indiscutível. Essa função de prevenção não é nova. O que é novo, em compensação, é que atualmente ela parece suscetível de revestir uma dimensão mais vasta: ela pode assumir duas formas quanto às funções e objetivos distintos: uma função clássica de dissuasão, que visa à prevenção de comportamentos antissociais e que é fundada sobre a ameaça de uma sanção; e uma nova função de antecipação, que visa à prevenção dos danos e que é fundada sobre a ameaça de danos graves e irreversíveis. O aprofundamento da reflexão doutrinária sobre o fundamento da precaução poderia talvez permitir ultrapassar certas crenças, notadamente aquela de um recuo da responsabilidade fundada sobre o risco devido a uma regressão sobre o antigo fundamento da culpa, e articular esse novo fundamento da precaução com os fundamentos atuais da culpa e do risco, permitindo enriquecer uma responsabilidade não mais somente voltada para o passado, mas também para o futuro. Isso faz apostar que a precaução seja uma das chaves da ética da responsabilidade, já reclamada por seus defensores, para uma responsabilidade que não seja somente aquela dos filósofos, mas também aquela dos juristas, simplesmente para que a evolução das ciências não ande irremediavelmente mais rápido que a de nossas consciências.⁵⁵²

⁵⁵² THIBIERGE, Catherine. Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?). *Revue trimestrelle de Droit Civile*. 1999, p. 561 e seguintes. Tradução livre. "Ce nouveau fondement, à rechercher et à introduire peu à peu, pourrait être celui de la précaution, notion qui a le mérite d'être déjà un principe international, communautaire et interne, dans des domaines aussi variés - mais reliés - que l'environnement et la santé ; selon ce principe, «l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles». En outre, ce fondement nouveau permettrait l'élargissement de la fonction de la responsabilité civile. A cela on pourrait être tenté de répondre que dans la théorie classique, à la fonction normative de la responsabilité s'ajoute une fonction préventive d'ailleurs vigoureusement remise à l'honneur par le professeur Tunc, qui a souligné son caractère indiscutable. Cette fonction de prévention n'est donc pas nouvelle. Ce qui est nouveau en revanche c'est qu'aujourd'hui elle paraît susceptible de revêtir une dimension plus vaste : elle peut prendre en effet deux formes aux fonctions et aux objets distincts: une fonction classique de dissuasion, qui vise la prévention des comportements anti-sociaux et qui est fondée sur la menace d'une sanction ; et une fonction nouvelle d'anticipation, qui vise la prévention des dommages et qui est fondée sur la menace de dommages graves et irréversibles. L'approfondissement de la réflexion doctrinale sur le fondement de la précaution pourrait peut-être permettre de dépasser certaines craintes, notamment celle d'un recul de la responsabilité fondée sur le risque dû à une régression vers l'ancien fondement de la faute, et d'articuler ce nouveau fondement de la précaution avec les fondements actuels de la faute et du risque, tout en lui permettant d'enrichir une responsabilité non plus seulement tournée vers le passé mais aussi vers l'avenir. C'est faire le pari que la précaution est l'une des clés de l'éthique de la responsabilité que certains appellent déjà de leurs vœux, pour une responsabilité qui ne soit pas seulement celle des philosophes, mais aussi celle des juristes, simplement pour que l'évolution des sciences n'aille pas irrémédiablement plus vite que celle de nos consciences."

Aderindo ao pensamento da jurista francesa, no Brasil, destaca-se a doutrina de LOPEZ, para quem “o princípio da precaução é, desde já e para o futuro, um dos princípios da responsabilidade civil. Os princípios da prevenção e da precaução fazem parte da ‘responsabilidade civil preventiva’, que emerge da sociedade de risco e que não se choca com o tema da responsabilidade civil, porquanto tem o mesmo fundamento da responsabilidade civil ressarcitória, qual seja, *alterum non laedere*”.⁵⁵³

Todavia, referida jurista sustenta, subsidiada em parte da doutrina francesa, que ao se fundamentar a responsabilidade civil preventiva na precaução, a técnica de imputabilidade a ser adotada não seria a da responsabilidade objetiva, mas sim, a da responsabilidade subjetiva, alicerçada na presunção *juris tantum* da culpa.

Vale dizer, segundo tal doutrina secundada por LOPEZ, a adesão ao fundamento da precaução por via da responsabilidade preventiva implicaria uma espécie de ressurgimento do fundamento da culpa, o único que, ao seu ver, suscitaria “a ideia do dever de cuidado e prudência que deve haver na gestão de riscos na sociedade contemporânea”:

Propomos para essa responsabilidade preventiva que o fundamento da responsabilidade no ‘defeito de precaução’ seja a presunção de culpa daquele que não respeitou o princípio da precaução diante dos riscos hipotéticos ou conhecidos de danos irreversíveis. Na presunção de culpa (apesar de a culpa resultar do descumprimento de uma obrigação de meios), haverá processualmente a reversão do ônus da prova e o gestor é que terá que provar ou que está agindo com precaução, no caso de o dano ainda não ter se realizado; ou que tomou todas as medidas para que o pior não acontecesse, se o dano não pôde ser evitado. Deverá mostrar todas as perícias e medidas concretadas adotadas. A presunção de culpa será *juris tantum*, porquanto a *jus et de jure* se equipara à responsabilidade objetiva. Por outro lado, mesmo que se adotasse a responsabilidade objetiva, na forma da teoria do risco, para julgar os encarregados de gerir os riscos (seria, portanto, obrigação de resultado, própria da responsabilidade objetiva), esses poderiam defender-se alegando alguma das excludentes dessa responsabilidade, pois não há responsabilidade automática na teoria do risco. Os empreendedores poderão alegar falta de nexo causal, culpa ou fato de terceiros, força maior, assunção de risco por parte das vítimas, ou então desconhecimento total do risco.⁵⁵⁴

⁵⁵³ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 141.

⁵⁵⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 147.

Contudo, não parece sustentável (cientificamente), muito menos apropriada (pragmaticamente) a necessidade de se perquirir sobre a existência ou não de culpa (ainda que se a presuma relativamente) para que se possa responsabilizar civilmente alguém, segundo os novos pressupostos propostos para a fundamentação da responsabilidade civil preventiva.

Isso implicaria, dentre outras consequências nefastas sob o ponto de vista do prejuízo da tutela dos direitos das possíveis vítimas que se deseja proteger, um injustificável “rearmamento” dos potenciais infratores que, para além das tradicionais hipóteses de exclusão da responsabilidade objetiva, também poderiam reascender um debate probatório acerca da razoável obediência aos deveres de precaução, com evidente comprometimento da efetiva tutela dos direitos.

É exatamente o que pensam VINEY e KOURILSKI, quando criticam aqueles que enxergam o recrudescimento do fundamento da culpa com o surgimento da responsabilidade preventiva:

Um dos principais efeitos que são atribuídos geralmente ao princípio da precaução consiste em justificar, senão uma inversão completa do ônus da prova, pelo menos uma diminuição daquela em benefício das pessoas expostas a risco. Ora, é exatamente para esta finalidade que foi elaborada a teoria do risco, em benefício, especialmente, das vítimas de acidentes de trabalho e de acidentes de transporte que se encontravam quase sempre, no momento em que esta doutrina foi proposta, incapazes de demonstrar a culpa do empregador ou do transportador, e muito menos um nexo de causalidade entre essa culpa e o acidente, e que, portanto, eram geralmente privadas de qualquer meio para obter qualquer compensação com base dos textos do Código Civil que desconheciam na época a responsabilidade sem culpa. Seria particularmente absurdo retornar, em nome do princípio da precaução, a soluções que foram admitidas especificamente para lidar com um problema - o da prova - que os defensores do princípio da precaução hoje defendem para outros tipos de danos, e isto tanto mais porque a teoria do risco permite ir muito mais longe no sentido indicado do que o princípio da precaução, pois elimina completamente a exigência da culpa, - e, portanto, aquela de sua prova.⁵⁵⁵

⁵⁵⁵ KOURILSKY, Philippe e VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution*. Paris: Editions Odile Jacob, 2000, p. 182. Tradução livre. “L’un des principaux effets que l’on attribue généralement au principe de précaution consiste à justifier, sinon un renversement complet de la charge de la preuve, du moins un allègement de celle-ci au profit, des personnes exposées aux risques. Or, c’est exactement dans ce but qu’a été élaboré la théorie du risque, au profit, en particulier, des victimes d’accidents du travail et d’accidents de transport que précisément se trouvaient presque toujours, au moment où cette doctrine a été proposée, dans l’impossibilité de démontrer une faute de l’employeur ou du transporteur, a fortiori le lien de causalité entre cette faute et l’accident, et qui, de ce fait, étaient généralement privées de tout moyen d’obtenir la moindre réparation sur la base des textes du code civil que ne connaissait à l’époque que la responsabilité pour faute. Il serait donc particulièrement absurde de revenir, au nom du principe de précaution, sur des solutions qui ont été admises précisément pour faire face à une difficulté – celle de la preuve – que les partisans du principe de précaution dénoncent aujourd’hui pour autres types de dommages, et ceci d’autant plus que la théorie

No mesmo sentido manifesta-se a jurista argentina SEGUÍ, anotando as possíveis implicações técnicas decorrentes da internalização do princípio da precaução para a implementação de uma responsabilidade civil preventiva, em especial, no que diz respeito ao concomitante e suposto ressurgimento do fundamento da culpa presumida:

O princípio nasceu em relação ao direito internacional do meio ambiente, e depois foi adquirindo carta de cidadania em numerosos textos internacionais, europeus e comunitários. Sua presença em referência a riscos graves e a danos irreversíveis sobre bens coletivos é uma realidade inegável. (...) Tem sido considerado por alguns como simples princípio político que se impõe aos poderes públicos, para outros como regra normativa autônoma à disposição do juiz, a título de *standart*, ou como princípio geral do direito. (...) Para outros, a precaução poderia encarnar-se em um verdadeiro princípio erigido em fundamento da responsabilidade civil, em sua nova versão de mecanismo de tutela preventiva dos danos graves e irreversíveis a que já me havia referido. Um dos questionamentos mais sérios que se formularam à precaução como fundamento da responsabilidade é que ela representaria uma concepção regressiva do instituto. Comparto a opinião de que esse temor é infundado, por duas razões: a primeira, porque a vitalidade inquestionável da responsabilidade objetiva desestimula a possibilidade do seu abandono; a segunda, porque a responsabilidade por falta de precaução e a responsabilidade objetiva compartilham sua finalidade última: acentuar a função preventiva da responsabilidade civil. (...) Considero conveniente a esta altura do debate aprofundar a reflexão sobre a influência que exerceria sobre o direito da responsabilidade civil a ética da precaução integrando um propósito maior: o reconhecimento de um princípio de precaução como fundamento novo da responsabilidade civil que a dotaria de uma função original.⁵⁵⁶

du risque permet d'aller encore beaucoup plus loin dans le sens indique que le principe de précaution puisqu'elle supprime radicalement l'exigence de la faute – et, par conséquent, celle de sa preuve."

⁵⁵⁶ *El principio nació en relación al derecho internacional del ambiente, y después fue adquiriendo carta de ciudadanía en numerosos textos internacionales, europeos y comunitarios. Su presencia en referencia a riesgos graves y a daños irreversibles sobre bienes colectivos es una realidad innegable. (...) Ha sido considerado por algunos como un simple principio político que se impone los poderes públicos, por otros como regla normativa autónoma a la disposición del juez, a título de estándar, o como principio general del derecho. (...) Para otros, la precaución podría encarnarse en un verdadero principio erigido en fundamento de la responsabilidad civil, en su nueva versión de mecanismo de tutela preventiva de los daños graves e irreversibles a que ya me he referido. Uno de los cuestionamientos más serios que se formularon a la precaución como fundamento de la responsabilidad, es que ella representaría una concepción regresiva del instituto. Comparto la opinión de que ese temor es infundado, por dos razones: la primera, porque la vitalidad incuestionable de la responsabilidad objetiva desestima la posibilidad de su declinación; la segunda, porque la responsabilidad por falta de precaución y la responsabilidad objetiva comparten su finalidad última: poner el acento en la función preventiva de la Responsabilidad civil. (...) Considero conveniente a esta altura del debate, profundizar la reflexión sobre la influencia que ejercería sobre el derecho de la responsabilidad la ética de precaución integrando un propósito mayor: el reconocimiento de un principio de precaución como fundamento nuevo de la responsabilidad civil que la dotaría de una función original", Adela M. SEGUÍ, Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. Tradução livre. Revista de Direito do Consumidor, vol. 52, p. 267, Out-dez., 2004, p. 299-301.*

A internalização dos princípios da precaução e da prevenção no âmbito da responsabilidade civil, portanto, longe de suscitar uma renovada espécie de responsabilidade civil subjetiva fundada na culpa presumida, em verdade viabiliza, por via de uma imputação objetiva fundada seja no risco abstrato, seja no risco concreto, um redimensionamento do Direito de responsabilidade.

Um tal redimensionamento direciona a responsabilidade civil para o futuro, potencializando tanto o respeito aos deveres de cuidado que a sociedade civil como um todo deve observar (e, assim, inibindo a ilicitude com vistas a evitar a ocorrência dos danos), como facilitando eventuais reparações de danos decorrentes da inobservância daqueles.

Com efeito, como adiante se busca demonstrar, fundar a responsabilidade civil na culpa não é exatamente a melhor ou a mais apropriada forma de se incutir no meio social a necessidade da adoção de toda a cautela possível para se evitar os acidentes e os danos. Em verdade, isso pode ser realizado com maior eficácia justamente pela adoção do regime de responsabilidade civil objetiva, na medida em que se sabe que, descumpridos os deveres de precaução ou de prevenção, a responsabilidade incide automaticamente.

Por outro lado, a indiscriminada utilização do princípio da precaução como fundamento, seja para a implementação de mecanismos inibitórios para evitar os danos, seja para a objetivação da obrigação de sua reparação, não deixa de se revelar perigosa, na medida em que pode transfigurar-se em uma subversiva e inconveniente intrusão e até inviabilização do exercício de inúmeras atividades não apenas consentidas juridicamente, como necessárias ao pleno desenvolvimento econômico, com evidentes repercussões individuais e sociais.

Invocando precisamente tal possível subversão, bem como os exageros alarmistas e o excesso de otimismo em relação aos possíveis ganhos alcançáveis por via de uma política ambiental fundada indiscriminadamente na precaução, ARAÚJO declara-se visceralmente contrário à adoção do referido princípio:

Como no adágio popular, não se morre do mal, morre-se da cura (...). Não subscrevemos, de maneira nenhuma, por isso, o *princípio da precaução*, uma atitude profundamente reaccionária e anti-científica que anima agora muita da regulação ambiental, e que estabelece, sempre que há a possibilidade, mesmo que não comprovada cientificamente em termos causais, de um aumento de risco com uma actividade nova, que devem tomar-se medidas restritivas, cabendo ao proponente dessa novidade provar a inexistência desse risco, para o efeito de se removerem aquelas medidas (podendo, a

contrario, qualquer pessoa propor a adopção daquelas medidas restritivas, sem qualquer necessidade de prova senão a de que existe uma possibilidade de risco). Como se fosse possível, necessário ou até conveniente erradicar da existência terrena os riscos que lhe são inerentes, o famigerado «princípio da precaução» (Vorsorgeprinzip) parece exigir para o futuro inovações tecnológicas isentas dos mesmíssimos riscos com que coexistimos presentemente, que por sua vez não são postos em causa e dos quais tiramos tantos proveitos em contrapartida (senão as gerações futuras mais frágeis, mais vulneráveis ao risco, do que nós?). E no entanto, daí podem resultar conseqüências perversas e imediatas (...). Como se não bastassem já as suas conotações obscurantistas, o princípio da precaução é cruelmente externalizador e anti-humanitário.⁵⁵⁷

Com base na racionalidade da Análise Econômica do Direito, sustenta o jurista português que, afora casos extremos,⁵⁵⁸ revela-se equivocada a adoção de medidas legislativas ou jurisdicionais simplesmente erradicadoras de atividades econômicas, pelo simples fato de poderem provocar danos, partindo da premissa de que é praticamente impossível evitar as externalidades derivadas das atividades produtivas. Defende, assim, uma intervenção estatal meramente moderadora, por via do estabelecimento de incentivos e desincentivos das atividades que possam gerar danos, a fim de se intentar “a aproximação ao nível de actividade compatível com a eficiência social, o que pode fundamentalmente ser alcançado através do recurso a impostos e subsídios”, objetivando “modular um *grau* de externalização que compatibilize a eficiência do mercado com o bem-estar social, por aproximações e cedências recíprocas – isto é, ponderando constantemente benefícios e custos marginais de cada novo passo dado na correcção das externalidades”.⁵⁵⁹

Induvidosamente, trata-se de uma orientação utilitarista que, para além de se revelar extremamente coerente, lógica e, por que não dizer, corajosa ao desnudar algumas promessas reconhecidamente utópicas relativamente à efetividade da tutela dos direitos, suscita a questão do *risco desenvolvimentista*, vale dizer, os possíveis efeitos negativos causados à própria sociedade por via de uma excessiva

⁵⁵⁷ ARAÚJO, Fernando Borges. *Introdução à economia*. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 571-572.

⁵⁵⁸ Concorde ARAÚJO com uma regulação estatal mais incisiva nas hipóteses em que o número de potenciais causadores de prejuízos seja expressivo a ponto de inviabilizar a individualização dos responsáveis, sendo necessária a determinação de limites mínimos e máximos de tolerância da externalização (como por exemplo, os limites de poluição sonora e atmosférica admitidas em cada tipo de veículo), assim como nos casos em que seja preciso criar mercado para incentivar o uso de novas tecnologias que contribuam para a solução das externalidades. ARAÚJO, Fernando Borges. *Introdução à economia*. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 571-572.

⁵⁵⁹ ARAÚJO, Fernando Borges. *Introdução à economia*. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 571-572.

restrição (quando não vedação) de importantes atividades econômicas, sob o fundamento da proteção de danos abstraídos pelo sistema de justiça.

Todavia, a negação absoluta da aplicação do princípio da precaução encontra enorme dificuldade de penetração em sistemas de justiça de países que buscam, a todo custo, perseguir e concretizar os objetivos do Estado Social, designadamente a proteção da dignidade da pessoa humana.

Como adiante demonstramos, dentre as possíveis limitações ou incompatibilidades da aplicação da racionalidade da *law and economics* em um sistema de justiça tal como o brasileiro, está a forma de se proteger os direitos essenciais, cuja violação representa a negação dos próprios fundamentos do Estado Social.

Por isso mesmo, quer parecer que a aplicação do princípio da precaução constitui não apenas uma realidade, como uma forte tendência no que diz respeito à criação de sistemas de justiça voltados à proteção dos direitos fundamentais, sobretudo os relacionados ao meio ambiente e à saúde.⁵⁶⁰

Nesse sentido, o princípio da precaução apresenta-se como poderoso fundamento para abrir novos caminhos não apenas para a prevenção da violação dos direitos, mas também para viabilizar a concretização da facilitação da indenização em hipóteses de danos graves e em série, em relação aos quais por vezes se mostra difícil não apenas a comprovação do nexo causal, mas também da própria imputação de responsabilidade. Como assentam KOURILSKY e VINEY,

Mais do que isso, parece mesmo que esse princípio incita a abertura de uma nova fronteira favorecendo a criação de regimes de indenização totalmente independentes de qualquer afirmação, não apenas de uma culpa, mas

⁵⁶⁰ Nesse sentido, anote-se precedente que enfrentou o choque entre contrapostos princípios constitucionais, relacionados à garantia do meio ambiente e à livre iniciativa: "DIREITO AMBIENTAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR QUE CONCEDEU EFEITO SUSPENSIVO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPEITA DE OCORRÊNCIA DE IRREGULARIDADES EM PLANO DE MANEJO FLORESTAL SUSTENTADO E EM CONTRATO DE ALIENAÇÃO DE TERRAS PÚBLICAS. BLOQUEIO DO SISTEMA DOF - DOCUMENTO DE ORIGEM FLORESTAL. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO FRENTE AO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA. RECURSO IMPROVIDO. 1. O agravado interpôs agravo regimental contra decisão monocrática que deferiu efeito suspensivo a agravo de instrumento aviado pelo IBAMA contra liminar que havia determinado o desbloqueio do Sistema DOF - Documento de Origem Florestal. 2. A decisão recorrida dispôs que, em face da dificuldade de constatação e avaliação dos danos ambientais e do fato de que os efeitos de tais danos só aparecem após vários anos, as provas colacionadas aos autos bastam para a comprovação da conduta lesiva ao meio ambiente praticada pelo agravado. Em sede de direito ambiental há a prevalência do Princípio da Precaução frente ao da Livre Iniciativa", BRASIL, TRF 1ª Região, Quinta Turma, Rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, e-DJF1 DATA:04/10/2010, p.187.

mesmo de uma responsabilidade qualquer. O tema do sangue contaminado resultou na criação de um fundo indenizatório em favor das vítimas. Ora, para obter o benefício dessa indenização, a vítima não tem outra prova a apresentar a não ser aquela de uma transfusão durante o período que precedeu a implementação da decisão impondo o aquecimento de produtos sanguíneos. Ela não tem nenhuma obrigação de designar um 'responsável'. Essa orientação poderia ser desenvolvida a propósito de um conjunto de riscos seriais que ameaçam a saúde, a segurança e o meio ambiente. Ademais, no que concerne ao risco de acidente médico, que se designa por vezes pela expressão 'álea terapêutica', a implementação de um tal sistema é defendido com mais e mais insistência de diversos lados.⁵⁶¹

Os tribunais nacionais já vêm, por diversos meios, internalizando a precaução no direito da responsabilidade civil, seja para fundamentar o direito à reparação de pessoas vitimadas pela ausência da adoção de cuidados especiais na implementação da prestação de determinadas obrigações,⁵⁶² seja para fundamentar a inversão do ônus da prova⁵⁶³ ou a concessão de tutelas inibitórias em ações de

⁵⁶¹ *“Bien plus, il semble même que ce principe incite à franchir une nouvelle frontière en favorisant la création de régimes d’indemnisation totalement indépendants de toute affirmation, non seulement d’une faute, mais même d’une responsabilité quelconque. L’affaire du sang contaminé a en effet abouti à la création d’un fonds d’indemnisation au profit des victimes. Or, pour obtenir le bénéfice de cette indemnisation, la victime n’a pas d’autre preuve à apporter que celle d’une transfusion durant la période qui a précédé la mise en oeuvre de la décision imposant le chauffage des produits sanguins. Elle n’a nullement l’obligation de désigner un «responsable». Cette orientation pourrait être développée à propos de l’ensemble des risques sériels qui menacent la santé, la sécurité et l’environnement. D’ailleurs, en ce que concerne le risque d’accident médical, que l’on désigne parfois par l’expression d’«aléa thérapeutique», la mise en place d’un tel système est réclamé avec de plus en plus d’insistance de divers côtés.”* Philippe KOURILSKY e Geneviève VINEY, *Le principe de précaution*, Paris, Editions Odile Jacob, 2000, p. 185.

⁵⁶² Nesse sentido, anote-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: “RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR. ASSALTO NO INTERIOR DE ÔNIBUS. LESÃO IRREVERSÍVEL EM PASSAGEIRO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO PELA DIVERGÊNCIA, MAS DESPROVIDO PELAS PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. Tendo se tornado fato comum e corriqueiro, sobretudo em determinadas cidades e zonas tidas como perigosas, o assalto no interior do ônibus já não pode mais ser genericamente qualificado como fato extraordinário e imprevisível na execução do contrato de transporte, ensejando maior precaução por parte das empresas responsáveis por esse tipo de serviço, a fim de dar maior garantia e incolumidade aos passageiros. Recurso especial conhecido pela divergência, mas desprovido”. REsp 232.649/SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, Rel. p/ acórdão Ministro César Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 15/08/2002, DJ 30/06/2003, p. 250.

⁵⁶³ Anote-se, a esse respeito, decisões do Superior Tribunal de Justiça: “No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e ope legis, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e ope judicis (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanção natural do seu ofício de condutor e administrador do processo)”, REsp 883.656/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 09/03/2010, DJe 28/02/2012. “O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva. BRASIL – STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, RESP 200801130826, DJE DATA:14/12/2009.

responsabilidade em matéria ambiental⁵⁶⁴ e em matéria de saúde dos consumidores.⁵⁶⁵

E se isso corresponde à verdade, temos então como demonstradas (quando menos por tal fundamentação) a possibilidade e a necessidade da *coexistência entre duas técnicas distintas de responsabilidade civil*, ambas atreladas ainda à noção central do dano: a tradicional técnica reparatória, voltada à mais perfeita e integral indenização dos danos já infligidos às vítimas, e a nova técnica preventiva, ambas possivelmente coordenadas pelos princípios da prevenção e da precaução, direcionados na tentativa de evitar a ocorrência dos danos (e com isso preservar a integralidade dos direitos), ou viabilizar justa indenização em caso de danos atrelados à exposição das vítimas a especiais riscos.⁵⁶⁶

⁵⁶⁴ “Ademais, a paralisação em referência harmoniza-se com o princípio da precaução, já consagrado em nosso ordenamento jurídico, inclusive com status de regra de direito internacional, ao ser incluído na Declaração do Rio como resultado da Rio/92, como determina o seu Princípio 15, nestas letras “- Com a finalidade de proteger o meio ambiente, os Estados devem aplicar amplamente o critério da precaução, conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de uma certeza absoluta não deverá ser utilizada para postergar-se a adoção de medidas eficazes para prevenir a degradação ambiental”, BRASIL, TRF1, 4ª TURMA Suplementar, AI nº 200401000586873, Rel. Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos, e-DJF1 DATA:08/02/2012, p. 268.

⁵⁶⁵ “ADMINISTRATIVO. REVALIDAÇÃO DO REGISTRO DE MEDICAMENTO CONDICIONADA À COMPROVAÇÃO DE EFICÁCIA TERAPÊUTICA. POSSIBILIDADE. FALTA DE CUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIA DA ANVISA. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. POLÍCIA ADMINISTRATIVA. (...) A atuação fiscal-inibitória da ANVISA não se limita àquelas hipóteses em que o produto/medicamento comporta risco à saúde e qualidade de vida, mas, também, em relação à eventual ausência de comprovação da sua eficácia, com vistas na proteção dos direitos do consumidor”, BRASIL, TRF1, Quinta Turma, AC nº 200634000249385, Rel. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, e-DJF1 30/09/2011, p. 597.

⁵⁶⁶ “*Vislumbrar la posibilidad de cambiar el eje de la responsabilidad civil es ampliar su espectro de actuación. Una responsabilidad civil a priori es una idea singular en la medida en que existe una tradición de un mecanismo de la responsabilidad que opera a posteriori, y que llega para reparar el daño. No se trata de tergiversar esta institución sino de adecuarla a la transformación de la sociedad y del mismo daño. Esta transformación generaría la puesta en marcha del mecanismo de la responsabilidad civil ante una situación de daño previsible, es decir, de un daño que aún no se materializa (que no debe confundirse con el daño futuro, el cual es perfectamente reparable desde el momento en que su realización es cierta; mientras que, cuando hablamos de precaución, se trata de tomar medidas para evitar un daño que se sospecha que puede ocurrir); lo cual constituye una iniciativa importante particularmente tratándose de intereses cuya reparación es imposible, y cuya compensación, en muchos casos, resulta inútil.*” María Isabel TRONCOSO, El principio de precaución y la responsabilidad civil, Universidad Externado de Colombia, *Revista de Derecho Privado*, n.º 18, 2010, p. 206. Tradução livre: “Vislumbrar a possibilidade de trocar o eixo da responsabilidade civil é ampliar seu espectro de atuação. Uma responsabilidade civil *a priori* é uma ideia singular na medida em que existe uma tradição de um mecanismo de responsabilidade que opera *a posteriori*, e que chega para reparar o dano. Não se trata de tergiversar esta instituição mas sim, de adequá-la à transformação da sociedade e mesmo do dano. Esta transformação geraria a colocação em funcionamento do mecanismo da responsabilidade civil diante de uma situação de dano previsível, diga-se, de um dano que ainda não se materializou (que não deve confundir-se com o dano futuro, o qual é perfeitamente reparável desde o momento em que sua realização é certa; enquanto que, quando falamos de precaução, se trata de tomar medidas para evitar um dano que se suspeita que pode ocorrer); o qual constitui uma iniciativa importante particularmente tratando-se de interesses

Evidentemente, todavia, que a internalização da precaução e da prevenção no direito da responsabilidade civil não se opera sem algumas dificuldades. Muitas vezes, a viabilidade e os limites da aplicação de referidos princípios fundadores da prevenção na responsabilidade civil deverão ser ponderados em virtude de possíveis choques com outros princípios que, para além de também possuir *status* constitucional, podem se revelar, no caso concreto, até mais defensáveis sob perspectivas individuais, sociais, econômicas, jurídicas, morais ou políticas.⁵⁶⁷

E nessas hipóteses, o caminho a se trilhar é a ineludível ponderação de valores, viabilizada pela aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.⁵⁶⁸

cuja reparação é impossível, e cuja compensação, em muitos casos, resulta inútil". María Isabel TRONCOSO, El principio de precaución y la responsabilidad civil, Universidad Externado de Colombia, *Revista de Derecho Privado*, n.º 18, 2010, p. 206.

⁵⁶⁷ Como ilustração do potencial choque entre o princípio da precaução com outros constitucionalmente estabelecidos, anote-se o seguinte julgado: "PROCESSO CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. RESTABELECIMENTO DE MORADIA EM LOCAL DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. AGRICULTURA DE SUBSISTÊNCIA. DANO AMBIENTAL E DESENVOLVIMENTO HUMANO AUTO-SUSTENTÁVEL. HARMONIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. MANUTENÇÃO DA MORADIA A TÍTULO PRECÁRIO ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO PRINCIPAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. 1. Trata-se de agravo de instrumento com pedido de restabelecimento do direito de moradia plena da agravante, assegurando-lhe a permanência no imóvel localizado em zona de preservação ambiental, com a prática de todos os atos inerentes à manutenção de uma casa, bem como o desenvolvimento de sua atividade agrícola de subsistência. 2. In casu, a proibição estabelecida pela fiscalização ambiental, de continuar a agravante com a sua agricultura de subsistência e para fins de comércio local (pequeno comércio), consubstancia-se numa postura desprovida de razoabilidade, vez que ocasiona a dependência integral da agravante ao continente. Por outro lado, não se pode negar que a construção em comento é irregular, pois foi realizada em área ambientalmente sensível e destinada prioritariamente à conservação. 3. Com base na doutrina existente sobre a matéria, bem como no bom senso que deve nortear o julgador, é possível haver uma interação entre homem e meio ambiente sem excessos ou degradação, pautada na razoabilidade, de modo a permitir um desenvolvimento humano auto-sustentável, com a harmonização do princípio da precaução com o princípio da dignidade da pessoa humana. 4. Agravo que se dá provimento, de modo a assegurar à agravante o direito de permanecer no imóvel, a título precário, com a prática de todos os atos inerentes à manutenção de uma casa, bem como o desenvolvimento de sua atividade agrícola de subsistência, até o trânsito em julgado da ação principal. BRASIL, TRF 5ª, Segunda Turma, AG 200905000504147, Rel. Des. Fed. Rubens de Mendonça Canuto, DJE 10/02/2010, p.104.

⁵⁶⁸ Nesse sentido, registra LOPEZ que "o princípio da precaução tem a característica de 'princípio jurídico' que tenta realizar os valores do *naeminem laedere*, da prudência e da segurança (outro princípio) e estabelece diretrizes normativas no sentido de evitar os danos, apreciando os riscos possíveis para que o pior não aconteça individual e socialmente. Dentro desse princípio, temos a ideia de precaução e aí temos que reenviar ao *standart*, ou seja, diante do quadro que se apresenta, é necessário apreciar os possíveis danos, examinar as fontes científicas, políticas, econômicas, sociológicas, éticas, estatísticas, sempre usando antes princípios/*standarts*, ou seja, a razoabilidade e a proporcionalidade, e ver se a situação no tempo e no espaço em que se apresenta exige que se tomem medidas de precaução ou não. Como princípio, deve se harmonizar com outros princípios que, por acaso, estejam em colisão com a precaução, como o da livre iniciativa ou da paz social, pois atitudes de precaução não necessárias podem causar pânico social ou bloquear inovações". LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, São Paulo, Quartier Latin, 2010, p. 95-96.

5. A RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA E A TUTELA INIBITÓRIA

Mas, como fazer? Como fazer evoluir nossa teoria geral e nosso direito da responsabilidade tomando-se em consideração o futuro, por via de uma prevenção, uma antecipação de danos? (...)

A questão dos meios é a etapa seguinte, aberta à imaginação da doutrina quanto aos fundamentos da responsabilidade, sobre a inventividade tantas vezes demonstrada pelos magistrados, quanto ao seu regime, e sobre a audácia do legislador... Tudo nos convida: a pressão do direito internacional e comunitário, a urgência de nosso presente, nosso desejo constante de qualidade ambiental, da saúde, de alimentação, nosso crescente sentimento de que somos solidários nesse e desse planeta.⁵⁶⁹

Como procuramos demonstrar anteriormente, resta clara a insuficiência do sistema tradicional reparatório da responsabilidade civil para a adequada tutela dos valores inerentes à pessoa, notadamente no que diz respeito aos direitos fundamentais.⁵⁷⁰

⁵⁶⁹ THIBIERGE, Catherine. Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?). *Revue trimestrelle de Droit Civile*. 1999, p. 561 e segs. Tradução livre. "Mais comment faire? Comment faire évoluer notre théorie générale et notre droit de la responsabilité vers une prise en compte de l'avenir, vers une prévention, une anticipation des dommages? La question des moyens, c'est l'étape suivante, ouverte sur l'imagination de la doctrine quant aux fondements de la responsabilité, sur l'inventivité, tant de fois démontrée des juges, quant à son régime, et sur l'audace du législateur... Tout nous y invite: la pression du droit international et communautaire, l'urgence de notre actualité, notre désir croissant de qualité de l'environnement, de la santé, de l'alimentation, notre ressenti grandissant que nous sommes solidaires dans et de cette planète."

⁵⁷⁰ Segundo Suzanne CARVAL, na atualidade revela-se notória a insuficiência daquele papel tradicionalmente imputado ao direito da responsabilidade civil, atinente à mera definição de comportamentos ilícitos e à atribuição da indenização devida pelas perdas e danos sofridos pela vítima. Afirmar a jurista francesa, "Il ne suffit pas, cependant, pour assurer le caractère harmonieux des rapports humains, de définir le contenu de normes de conduite. Encore faut-il en assurer le respect, ce qui passe (hélas pourrait-on dire...) par la sanction efficace des violations qui en sont faites. Or, et il s'agit là d'un deuxième constat, la sanction traditionnelle de la responsabilité civile est bien souvent impuissante à jouer ce rôle. Fréquemment, en effet, on se trouve face à l'une des trois situations suivantes: soit la condamnation à réparer n'est pas suffisamment dissuasive, parce que d'un montant trop faible, soit elle manque de vertu éducative parce que beaucoup trop lourde, soit, enfin, son prononcé même est improbable parce que divers obstacles s'opposent à l'exercice de toute action par la victime". Tradução livre: "Não é suficiente, contudo, para garantir a característica harmônica das atividades humanas, definir o conteúdo de normas de conduta. Também deve ele (o direito da responsabilidade civil) lhes assegurar o respeito, o que passa (ai poderíamos dizer) pela sanção eficaz das violações ocorridas. Assim, e se trata de uma segunda constatação, a sanção tradicional da responsabilidade civil é muitas vezes impotente para cumprir esse papel. Frequentemente, de fato, nos encontramos diante de uma das três situações seguintes: seja a condenação à reparação de danos insuficientemente dissuasiva, porque fixada em montante muito baixo, seja ela despida de sentido educativo porque muito leve, seja, enfim, porque improvável sua pronúncia em virtude de diversos obstáculos que se opõem ao exercício de qualquer ação por parte da vítima". CARVAL, Suzane. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: L.G.D.J., 1995, p. 207.

Daí surge a necessidade de, a partir da releitura conceitual sobre o significado de responsabilidade, da internalização dos princípios da prevenção e da precaução, assim como da verificação do comprometimento do Direito privado com a proteção dos direitos fundamentais, reconstruir-se o direito da responsabilidade civil, na constante tentativa de criação de um sistema de justiça verdadeiramente equitativo e solidário, voltado tanto à reparação de danos como à sua prevenção.

Justamente por conta dessa nova forma de “olhar” a responsabilidade civil, torna-se necessária a análise da predisposição de determinados mecanismos oriundos do próprio Direito substancial, objetivando a concretização desse novo modelo de responsabilidade preventiva para a proteção integral dos direitos.

Tanto ou mais difícil quanto justificar a refundamentação da responsabilidade civil com vistas à prevenção da ilicitude e da produção de eventuais danos, de fato, é apontar os meios pelos quais um tal redimensionamento do direito da responsabilidade poderia atuar, na medida em que supõe uma diversidade de compreensões técnicas a respeito dos diversos pressupostos de implementação do instituto.

Nesse sentido, procuraremos a seguir avaliar o papel desempenhado pela tutela inibitória, fundada no dever geral de proteção e de proibição de ofender direitos alheios, e voltada à contenção da ilicitude e das suas possíveis consequências lesivas.

A tutela inibitória deve ser compreendida como forma preventiva de proteção dos direitos, revelando-se, como adiante demonstrado, inerente ao próprio Direito material.

Todavia, diante da ausência ou da insatisfatoriedade dos mecanismos inibitórios materiais, a tutela inibitória acaba sendo, no mais das vezes, instrumentalizada por via de técnicas processuais de natureza inibitória, viabilizada pela atuação da jurisdição.

Como parece evidente, é somente a partir da adequada concatenação entre os mecanismos inibitórios materiais e as técnicas processuais inibitórias que se pode chegar à construção de um sistema jurídico que leve a sério a proteção dos direitos fundamentais.

5.1 A TUTELA INIBITÓRIA PROCESSUAL

O desenvolvimento da chamada *tutela inibitória* pode ser considerado um dos maiores avanços da proteção dos direitos, notadamente por se tratar de técnica voltada a impedir a prática, a continuidade ou a reiteração do ilícito, não sendo, nesse sentido, técnica de proteção imediata e direta contra o dano.

Deve-se sobretudo aos processualistas⁵⁷¹ o mérito da estruturação de um sistema próprio de proteção inibitória dos direitos, por via de técnicas genuinamente preventivas, nascidas a partir da constatação da insuficiência da tutela cautelar, destacadamente para proteger os direitos de natureza extrapatrimonial e os de natureza transindividual.⁵⁷²

Como destaca RAPISARDA, foi a partir da autonomização do direito de ação (em face do direito material) que se passou a compreender que o processo não pode se confinar à finalidade repressiva contra o dano ou mesmo contra a transgressão dos preceitos jurídicos, pensamento que durante séculos inviabilizou que se imaginasse a possibilidade de proteções inibitórias voltadas justamente para evitar que a ilicitude e eventuais danos fossem produzidos.⁵⁷³

Para além da autonomização do direito de ação, a gradativa e crescente revisão das funções jurisdicionais do Estado Social, impostas pelo movimento do

⁵⁷¹ Sobre a tutela inibitória, consulte-se, na doutrina italiana: RAPISARDA, Cristina. *Premesse allo studio della tutela civile preventiva*. *Revista di Diritto Processuale*, Padova, n. 01, Cedam, gen/marz. 1980 e *Profili della tutela civile inibitória*. Padova: Cedam, 1987; BENUCCI, Edoardo Bonasi. *Atto illecito e concorrenza sleale*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957; MAJO, Adolfo di. *Forme e tecniche di tutela*, *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, Jovene, 1989; FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, Giuffrè, 1974. Na doutrina nacional, consulte-se: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória: a ação preventiva no art. 461 do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 e; ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁵⁷² Conforme destaca a doutrina italiana sobre a tutela inibitória, "*Si tratta dello strumento di tutela preventiva destinato ad operare in quelle situazioni di fatto nelle quali la tutela risarcitoria (intervenendo necessariamente a posteriori), è inadeguata. Azione che affonda le sue radici storiche nell'actio negatoria del diritto romano, a partire dal 1800 si è mane stesa, ed oggi può dirsi essere patrimonio comune a tutti gli ordinamenti avanzati*". FRIGNANI, Aldo. *L'Azione Inibitoria Contro Le Clausole Vessatorie (considerazioni "fuori dal coro" di un civilista)*. *Rivista di Diritto Processuale*. Anno LII (Seconda Serie), nº 04, Padova: Cedam, ottobre-dicembre 1997, p. 999-1000. Tradução livre: "Se trata de instrumento de tutela preventiva destinado a operar em qualquer situação de fato na qual a tutela ressarcitória (intervindo necessariamente a postiori) é inadequada. Ação que fundamenta suas raízes históricas na ação negatória do direito romano, a partir de 1800 se fez disseminada, e hoje pode se dizer ser patrimônio comum a todos os ordenamentos avançados".

⁵⁷³ RAPISARDA, Cristina. *Premesse allo studio della tutela civile preventiva*. *Revista di Diritto Processuale*. Padova, n. 01, Cedam, gen/marz. 1980, p. 136.

constitucionalismo, conduziu à abertura do sistema processual para novas técnicas idôneas à proteção dos direitos fundamentais, exigindo-se, para tanto, o emprego de um destacado ativismo judicial e a quebra da ideologia liberal, responsável pela concepção de uma mínima intervenção do Estado no intuito de um mínimo de sacrifício das liberdades individuais.⁵⁷⁴

Nasceu, assim, a teoria da tutela inibitória, considerada resposta do processo aos reclamos de proteção preventiva do Direito material, na medida em que não se fundamenta na perspectiva repressiva dos danos eventualmente derivados de comportamentos antijurídicos e culposos, mas, antes, objetiva atacar precisamente a ilicitude (evitando sua ocorrência ou reiteração ou, ainda, removendo seus efeitos).⁵⁷⁵

A importância da tutela inibitória é ainda maior no campo dos direitos essenciais, individuais e transindividuais, de natureza extrapatrimonial, na medida em que a única forma de proteção adequada é a preventiva, conforme ressalta CALVÃO DA SILVA,

A tutela inibitória é a mais idônea das tutelas no domínio dos direitos da personalidade, por prevenir agressões ilícitas emergentes do progresso técnico e tecnológico, especialmente das novas e sofisticadas tecnologias informáticas e publicitárias, domínio em que a importância e a natureza pessoal e extrapatrimonial dos valores em presença tornam insuficiente e inadequada a tutela ressarcidora. Tutela inibitória cuja actuação a sanção pecuniária compulsória pode incentivar, pela pressão que exerce sobre o autor da ofensa ou da ameaça, o que atesta bem a importância, no direito moderno, esta técnica compulsória na defesa da pessoa humana.⁵⁷⁶

Para o desenvolvimento da teoria da tutela inibitória, foi imprescindível a revisão dos conceitos de ilicitude, culpabilidade e danos, sem a qual seria praticamente impossível, no campo do processo, justificar a incidência da proteção

⁵⁷⁴ Neste sentido, RAPISARDA, Cristina, *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987, p. 18.

⁵⁷⁵ No Direito italiano, precursor da técnica da tutela inibitória, o cabimento desse mecanismo é previsto taxativamente, aplicando-se a situações especificamente relacionadas com a tutela dos direitos da personalidade, da propriedade, da servidão, da posse, da concorrência desleal, da marca, da invenção, do modelo e do desenho, da firma e da insígnia, do direito de autor, da liberdade sindical, da paridade dos sexos nas relações de trabalho e do consumidor, mediante a inibição do uso de cláusulas gerais abusivas. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitoria*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 272-288.

⁵⁷⁶ SILVA, João Calvão da. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 469.

jurisdicional de direitos ainda não violados, ou melhor, em relação aos quais não se constatasse qualquer dano ou perigo de dano concreto.

Sobre a autonomia da tutela inibitória em relação à verificação do dano e da culpa, RAPISARDA explica:

O remédio da tutela inibitória prescinde totalmente, em nosso ordenamento, da verificação de um dano na esfera jurídica do parte autora. Essa autonomia da inibitória em face do dano que constitui uma consequência direta do caráter preventivo do remédio, emerge claramente das disposições que regem a matéria.(...) Dos casos de tutela inibitória legislativamente reguladas se deduz, de outro lado, a ausência da culpa entre os seus pressupostos de atuação, devida essencialmente à natureza preventiva do remédio. A culpa, na verdade, não tem nenhuma relevância na disciplina da inibitória porque, sendo essa forma de tutela destinada para o futuro, resta excluída a possibilidade objetiva de avaliar antecipadamente os elementos subjetivos de um futuro comportamento ilícito. A razão da autonomia da inibitória em relação à culpa deve é identificada, também, pelo caráter não sancionatório de tal meio de tutela: o requisito subjetivo da culpa perde, de fato, na disciplina da inibitória, a função de salvaguarda da liberdade de ação do outro, existente quando a proteção envolve, como no caso da tutela ressarcitória, a imposição do sujeito passivo de uma desvantagem jurídico-econômica. A autonomia indicada é explicada, por fim, pela finalidade reintegratória do direito deduzido em juízo, que caracteriza a tutela inibitória, a qual tende a assegurar a atuação do direito, prescindindo de qualquer valoração do comportamento do obrigado.⁵⁷⁷

Tendo em vista a enorme instrumentalidade da tutela inibitória para a adequada proteção dos direitos, em especial daqueles que não comportam solução indenizatória apropriada, atualmente referida tutela constitui tema de disseminada especulação, na medida em que se voltam as atenções para a implementação de sistemas de direito adequados à proteção dos direitos fundamentais, como explica VINEY:

⁵⁷⁷ Tradução livre: “L’esperibilità della tutela inibitoria prescinde totalmente, nel nostro ordinamento, dal verificarsi di un danno nella sfera giuridica della parte attrice. Tale autonomia dell’inibitoria dal danno, che costituisce una diretta conseguenza del carattere preventivo del rimedio, emerge chiaramente nelle disposizioni che regolano la materia. (...) Dai casi di tutela inibitoria legislativamente regolati si deduce, inoltre, l’assenza della colpa tra i suoi presupposti di esperibilità, dovuta, essenzialmente, alla natura preventiva del rimedio. La colpa, infatti, non ha alcuna rilevanza nella disciplina dell’inibitoria in quanto, essendo tale forma di tutela rivolta al futuro, resta esclusa la possibilità oggettiva di valutare preventivamente gli elementi subbiettivi del futuro comportamento illecito. La ratio dell’autonomia dell’inibitoria della colpa va individuata, inoltre, nel carattere non sanzionatorio di tale mezzo di tutela: il requisito soggettivo della colpa perde, infatti, nella disciplina dell’inibitoria, la funzione di salvaguardia dell’altrui libertà di azione, svolta quando la tutela comporti, come nel caso della tutela risarcitoria, l’imposizione al soggetto passivo di uno svantaggio economico-giuridico. L’autonomia indicata si spiega, infine, per la finalità reintegratoria del diritto dedotto in giudizio, che caratterizza la tutela inibitoria, la quale tende a garantire comunque l’attuazione del diritto, prescindendo da ogni valutazione del comportamento dell’obbligato”. RAPISARDA, Cristina, *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova, Cedam, 1987, p. 88-90.

Além disso, parece cada vez mais claro hoje que a ideologia dos direitos humanos penetrou muito profundamente na consciência coletiva, de modo que as jurisdições nacionais estão todas naturalmente armadas agora, assim que constatarem uma ameaça de violação que consideram fundamental, para ordenar a cessação de tal ameaça e também para indenizar a mesma pessoa que a sofreu, sem verificar a existência das condições ordinárias da responsabilidade civil, notadamente a culpa e o dano. As jurisdições francesas não escaparam a esta tendência que se manifestou no campo das ameaças aos direitos de personalidade.⁵⁷⁸

No Brasil, diante da fundamental garantia constitucional da inafastabilidade da prestação jurisdicional, inscrita na amplíssima fórmula do art. 5º, XXXV, não é difícil sustentar que toda e qualquer espécie (ou técnica) de tutela lhe é derivada diretamente, aí se incluindo, certamente, a tutela inibitória.⁵⁷⁹

Para além da referida previsão constitucional, o ordenamento processual brasileiro ainda prevê, nos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil⁵⁸⁰ e no art. 84 da Lei n.º 8.078/90,⁵⁸¹ técnicas propensas à obtenção da tutela inibitória, por via de provimentos judiciais de natureza mandamental e executiva *lato senso*, hábeis a permitir a proteção jurisdicional tanto dos direitos individuais como também dos direitos de natureza transindividual (difusos e coletivos em sentido estrito). Assim sendo, é possível afirmar que, ao menos no sistema processual brasileiro, a tutela

⁵⁷⁸ Tradução livre: “*En outre, Il apparaît de plus en plus clairement aujourd’hui que l’idéologie des droits de l’homme a pénétré très profondément la conscience collective, de sorte que les juridictions nationales sont tout naturellement portées désormais, lorsqu’elles constatent une atteinte à un droit qu’elles considèrent comme fondamentale, à ordonner la cessation de cette atteinte et même à indemniser la personne qui l’a subie, sans vérifier l’existence des conditions ordinaires de la responsabilité civile, notamment de la faute et du dommage. Les juridictions françaises n’ont pas échappé à cette tendance qui s’est manifestée dans le domaine des atteintes aux droits de la personnalité*”. VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: Introduction à la responsabilité*. 3 ed., Paris, L.G.D.J., 2008, p. 125.

⁵⁷⁹ Conforme Luiz Guilherme MARINONI, “Não há dúvida de que o direito de acesso à justiça, assegurado por nossa Constituição Federal (art. 5º, XXXV), garante o direito à adequada tutela jurisdicional e, assim, o direito à técnica processual capaz de viabilizar o exercício do direito à tutela inibitória. É possível afirmar até mesmo que a inserção da locução ‘ameaça a direito’ na verbalização do princípio da inafastabilidade (art. 5º, XXXV) teve por fim garantir a possibilidade de qualquer cidadão solicitar a tutela inibitória”. *Tutela inibitória*, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 81-82.

⁵⁸⁰ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

⁵⁸¹ Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

inibitória caracteriza-se como verdadeiramente *atípica*, vale dizer, admissível para a proteção de quaisquer direitos ou interesses.⁵⁸²

Ainda assim, é possível constatar a existência de previsões específicas (e até anteriores ao vigente sistema do código de processo civil), envolvendo a tutela inibitória, que devem ser consideradas, atualmente, verdadeiro reforço ao sistema geral de tutela processual preventiva. Exemplos disso podem ser ilustrados pelas previsões do interdito proibitório (art. 932 do Código de Processo Civil),⁵⁸³ do mandado de segurança preventivo (art. 5º, LXIX da CF e art. 1º da Lei n.º 12.016/09),⁵⁸⁴ da Lei antitruste,⁵⁸⁵ da Lei da propriedade industrial,⁵⁸⁶ da Lei de direitos autorais⁵⁸⁷ e da Lei de software.⁵⁸⁸

A funcionalidade da tutela inibitória no Brasil, aliás, tem sido reconhecida crescente e amplamente em âmbito jurisprudencial, empregando-se-á atipicamente nas mais variadas pretensões de tutela de direitos individuais e transindividuais,

⁵⁸² De fato, se de um lado é correto sustentar que o grande campo de atuação da tutela inibitória diz respeito aos direitos extrapatrimoniais, o emprego dessa tutela preventiva deve ser compreendido como viável para evitar, remover ou fazer cessar a violação de quaisquer direitos, mesmo os tradicionalmente caracterizados como patrimoniais e disponíveis.

⁵⁸³ Art. 932. O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o assegure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito.

⁵⁸⁴ Art. 5º, LXIX da CF: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por ‘habeas-corpus’ ou ‘habeas-data’, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.”

⁵⁸⁵ Lei n.º 8884/04, art. 25: “Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: (...) V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.”

⁵⁸⁶ Lei n.º 9.279/96, art. 42: “A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos: I - produto objeto de patente; II - processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado. § 1º Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos referidos neste artigo.

⁵⁸⁷ Lei n.º 9.610/98, art. 105: “A transmissão e a retransmissão, por qualquer meio ou processo, e a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas, realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares, deverão ser imediatamente suspensas ou interrompidas pela autoridade judicial competente, sem prejuízo da multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis, independentemente das sanções penais aplicáveis; caso se comprove que o infrator é reincidente na violação aos direitos dos titulares de direitos de autor e conexos, o valor da multa poderá ser aumentado até o dobro.”

⁵⁸⁸ Lei n.º 9.609/98, art. 14: “Independentemente da ação penal, o prejudicado poderá intentar ação para proibir ao infrator a prática do ato incriminado, com cominação de pena pecuniária para o caso de transgressão do preceito. § 1º A ação de abstenção de prática de ato poderá ser cumulada com a de perdas e danos pelos prejuízos decorrentes da infração. § 2º Independentemente de ação cautelar preparatória, o juiz poderá conceder medida liminar proibindo ao infrator a prática do ato incriminado, nos termos deste artigo. § 3º Nos procedimentos cíveis, as medidas cautelares de busca e apreensão observarão o disposto no artigo anterior.”

sempre que demonstrados a plausibilidade da tese invocada e o perigo de ocorrência, reiteração ou continuidade da ilicitude.

Assim, *v.g.*, a proteção inibitória já foi ordenada para se impedir ou sustar a realização de concorrência pública irregular,⁵⁸⁹ a reiteração do uso de expressões depreciantes da honra em programas radiofônicos,⁵⁹⁰ blogs e na internet,⁵⁹¹ o uso de substância potencialmente nociva à saúde em produtos de limpeza,⁵⁹² a exploração

⁵⁸⁹ EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA, COM FITO DE SE PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA INIBITÓRIA. INGREDIENTES PRESENTES. CAUTELA QUE DEVE SER DEFERIDA. 1. A tutela inibitória é instrumento processual recente desenhado nos Arts. 461 e 461-A do CPCivil, e de grande valia para a prestação da tutela específica de direitos. 2. Lastreou-se na distinção entre ilícito e dano, buscando impedir a ocorrência do vilipêndio a direito, sem se preocupar com o dano, papel reservado à tutela ressarcitória. 3. Se há provas de que o certame foi promovido por empresa com histórico de direcionamento dos aprovados, quase sempre sendo estes, aqueles que a política local recomendou, reluzente a relevância jurídica. 4. Perigo com a demora é facilmente identificado, pois o desenrolar de um certame irregular, imoral, além de custoso, pode gerar -se eventualmente invalidado- tremenda insegurança jurídica, não só naqueles que dele participam, como nos demais cidadãos. 5. Assim, perfeitamente possível impedir a realização de um procedimento licitatório eivado de vícios, para que não se promova a violação de dispositivos vetores da Administração (Art. 37, caput). 6. Presentes os ingredientes necessários, deve-se deferir a liminar de cautela, para que o ordenamento jurídico não seja violado, causando, assim, insegurança jurídica. 5. Liminar que deve ser deferida. Agravo de instrumento provido. TJ/PR, 5ª Câmara Cível, AC 467540-3, Rel. Des. Rosene Arão de Cristo Pereira, DJ 22/08/2008.

⁵⁹⁰ EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSUAL CIVIL - ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA INIBITÓRIA - POSSIBILIDADE - PROGRAMA DE RÁDIO - UTILIZAÇÃO DE ADJETIVOS PEJORATIVOS "GENERAL SEM FARDA", "GANGSTER", "BANDIDO" PARA SE REFERIR AO PREFEITO MUNICIPAL - DIREITO À HONRA E À IMAGEM - PONDERAÇÃO DE INTERESSES - PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CONCESSÃO DA MEDIDA - INTELIGÊNCIA DO ART. 461, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - RISCO DE IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO - INOCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. A tutela inibitória pleiteada possui respaldo no disposto no artigo 461, do Código de Processo Civil, inexistindo qualquer óbice à sua concessão mesmo em sede de antecipação de tutela, conforme garantido pelos artigos 461, § 3º, do e 273, § 7º, do estatuto processual. No caso específico da tutela inibitória, não se perquire a respeito da probabilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, mas sim da plausibilidade de que venha a ser praticado ato ilícito, ou de que esse possa vir a se repetir, e o justificado receio de ineficácia do provimento final. Tal medida não resulta em qualquer violação ao direito de liberdade de imprensa, tampouco se trata de censura prévia, uma vez que visa evitar a perpetuação de ofensa a direito personalíssimo, que não pode ser maculado em virtude de pretensa liberdade irrestrita de informação ou crítica. Hipótese em que os réus, por meio de programa radiofônico, utilizaram-se de expressões pejorativas para se referir ao Prefeito Municipal, donde se extrai a probabilidade de que os voltem a perpetrá-los, até o provimento final da medida inibitória. Presentes os requisitos autorizadores, é de rigor a concessão da antecipação de tutela pleiteada", TJ/PR, 10ª Câmara Cível, AC 610551-7, Rel. Luiz Lopes, j. 19/11/2009, DJ 17/12/2009.

⁵⁹¹ AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO INDENIZATÓRIA C/C PEDIDO DE TUTELA INIBITÓRIA LIMINAR PARCIALMENTE DEFERIDA ABSTENÇÃO DE VEICULAÇÃO DE OFENSAS CONTRA OS AUTORES, ATRAVÉS DE BLOG, NA INTERNET DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO MANUTENÇÃO DO CONTEÚDO OFENSIVO AGRAVAMENTO DA SITUAÇÃO DETERMINAÇÃO PARA RETIRADA DO AR, DO BLOG QUE CONTINHA AS OFENSAS MEDIDA NECESSÁRIA PARA A ESTABILIZAÇÃO DO PROCESSO, VISANDO QUE NOVAS OFENSAS NÃO SEJAM INSERIDAS E QUE O PROCESSO PRINCIPAL POSSA SER DECIDIDO SOLUÇÃO ADEQUADA DECISÃO MANTIDA RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. TJ/PR, 9ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 720179-0, Rel. Des. Francisco Luiz Macedo Júnior, DJ 15/04/2011.

⁵⁹² ADMINISTRATIVO E MEIO AMBIENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROIBIÇÃO DO USO DE ORGANOFOSFORADO CLORPIRIFÓS EM FORMULAÇÕES DE DESINFETANTES DOMISSANITÁRIOS. CANCELAMENTO DOS REGISTROS DE PRODUÇÃO E

clandestina de serviços de radiodifusão,⁵⁹³ a reprodução desautorizada de obra fonográfica,⁵⁹⁴ a turbação da posse de terceiros cujos bens sujeitavam-se à penhora em execução alheia,⁵⁹⁵ de atos considerados violadores da ordem econômica⁵⁹⁶ e,

COMERCIALIZAÇÃO. EMPRESAS TITULARES. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. DESCABIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. COMPROVADA TOXICIDADE DOS PRODUTOS ELABORADOS À BASE DE CLORPIRIFÓS. RECONHECIMENTO PARCIAL DO PEDIDO PELA ANVISA. RESOLUÇÃO RDC-ANVISA N.º 226, DE 28 DE SETEMBRO DE 2004. ARTS. 6º E 7º DA LEI 6.360/76. TUTELA INIBITÓRIA. PREVENÇÃO DO DANO. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. REGULARIDADE DO PROCESSO DE REAVALIAÇÃO DO CLORPIRIFÓS EMPREENHIDO PELA ANVISA COM BASE NA RESOLUÇÃO RDC N.º 135/2002. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. FINALIDADE PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL. TRF 4ª Região, Terceira Turma, AC 200471000207352, Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, DJ 13/09/2006, p. 745.

⁵⁹³ CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLORAÇÃO CLANDESTINA DE SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO COMUNITÁRIA. DETERMINAÇÃO DE ABSTENÇÃO DE FUNCIONAMENTO SOB PENA DE MULTA DIÁRIA E APREENSÃO DOS BENS UTILIZADOS NO ILÍCITO. GRAVAME EXCESSIVO. RECURSO PROVIDO. 1. É vedada a exploração de serviços de radiodifusão sem a devida autorização, entretanto, sua realização por não configurar crime, mas irregularidade administrativa, deve ser sancionada por medidas compatíveis com sua natureza, inclusive, quando o interessado já efetuou o cadastro junto ao Ministério das Comunicações com o intuito de regularizar sua situação. 2. A concessão de tutela inibitória para a paralisação da atividade de radiodifusão comunitária exercida de forma clandestina, mediante a cominação de multa diária de R\$ 1.000,00 em caso de descumprimento da medida judicial, é sanção suficiente para coibir a irregularidade administrativa cometida, razão pela qual se revela desnecessário que os equipamentos sejam mantidos sob a custódia da ANATEL, sob pena da imposição de gravame excessivo. 3. Apelação provida. TRF 5ª Região, Segunda Turma, AC 200780010005006, Rel. Des. Fed. Francisco Wildo, DJE 01/12/2009, p. 234.

⁵⁹⁴ DIREITO AUTORAL. UTILIZAÇÃO, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO TITULAR DO DIREITO AUTORAL, DE TRABALHO ARTÍSTICO EM REPRODUÇÃO DE OBRA FONOGRÁFICA, DIRECIONADA AO PÚBLICO NAS DEPENDÊNCIAS DE AGÊNCIAS DOS CORREIOS. TUTELA INIBITÓRIA QUE SE MOSTRA ADEQUADA. TUTELA PECUNIÁRIA DEVIDA EM RAZÃO DA VIOLAÇÃO DO DIREITO. LEI 9.910/98, QUE NÃO REQUER, NOS TERMOS DOS SEUS ARTIGOS 29 e 68, A OBTENÇÃO DE LUCRO, PARA FINS DA PROIBIÇÃO. AGRAVO RETIDO INFUNDADO, DADO QUE A DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU É RESPALDADA PELO ART. 105 DO DIPLOMA DE REGÊNCIA. 1. A decisão interlocutória, impugnada por intermédio de agravo retido, aplicou corretamente o disposto no art. 105 da Lei nº 9.610/98 ("Art. 105. A transmissão e a retransmissão, por qualquer meio ou processo, e a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas, realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares, deverão ser imediatamente suspensas ou interrompidas pela autoridade judicial competente, sem prejuízo da multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis, independentemente das sanções penais aplicáveis; caso se comprove que o infrator é reincidente na violação aos direitos dos titulares de direitos de autor e conexos, o valor da multa poderá ser aumentado até o dobro.") para, em sede de tutela inibitória, determinar, de forma provisória, que a Ré, ECT, se absteresse de utilizar, em suas dependências, de obras fonográficas sem a prévia autorização do titular do direito autoral. 2. Nos termos dos arts. 29 e 68 da Lei 9.610/98, a utilização de obra artística, mediante a reprodução ambiental de obra fonográfica, requer a prévia autorização do titular do direito autoral, ainda que sua utilização não seja destinada, direta ou indiretamente, à obtenção de lucro. 4. Agravo retido e apelo desprovidos. TRF 2ª Região, Sétima Turma, Especializada, AC 200450010019110, Rel. Des. Fed. Theophilo Miguel, DJU 15/09/2009, p. 230.

⁵⁹⁵ PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO PREVENTIVO. ART. 1.046, DO CPC. AMEAÇA. CABIMENTO. 1. Os embargos de terceiro voltam-se contra a moléstia judicial à posse, que se configura com a turbação, o esbulho e a simples ameaça de turbação ou esbulho. 2. A tutela inibitória é passível de ser engendrada nas hipóteses em que o terceiro opôs os embargos após ter os bens de sua propriedade relacionados à penhora pelo Sr. oficial de justiça em ação de execução fiscal. 3. É cediço na Corte que os embargos de terceiro são cabíveis de forma preventiva, quando o terceiro estiver na ameaça iminente de apreensão judicial do bem de sua propriedade. Precedentes: REsp 751513/RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 21/08/2006 Resp. nº 1.702/CE,

inclusive, para se assentar a viabilidade da atuação concomitante dos sistemas de responsabilidade civil e penal sobre um mesmo fato, a demandar diversificadas formas de tutela preventiva e repressiva.⁵⁹⁷

Diante disso, é possível afirmar que a tutela inibitória, capaz de gerar uma autêntica proteção preventiva contra a violação dos direitos, já é uma grata realidade no sistema de justiça brasileiro, tendo sido adequadamente cumulada com as demais espécies de tutelas (tais como a de remoção do ilícito e a ressarcitória na forma específica), sempre no intuito de prestar a melhor forma de proteção aos jurisdicionados.

Contudo, resta examinar em que medida a tutela inibitória deve ser compreendida como inerente ao próprio direito material e, portanto, mereceria ser objeto de tratamento normativo próprio no âmbito do referido campo substancial.

5.2 A TUTELA INIBITÓRIA MATERIAL

Apesar de a tutela inibitória ter sido desenvolvida e fundamentalmente tratada pela doutrina processual, isso não quer dizer que a proteção inibitória dos direitos nasça somente a partir da invocação da intervenção estatal por via do direito constitucional da ação processual.

Muito ao contrário, a pretensão à tutela inibitória deve ser compreendida como inerente ao próprio direito subjetivo. A partir do momento em que o

Relator o Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 9/4/90; REsp nº 389.854/PR, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo, DJ de 19/12/02.

⁵⁹⁶ “(...) Ademais, o artigo 24, inciso V, 2ª parte da Lei 8.884 prevê tutela inibitória de cessação de atividades infringentes aos princípios da ordem econômica, oportunidade em que, coadjuvada pela lei da ação civil, determina o fazer que conjura prática abusiva.” REsp 677.585/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 13/02/2006, p. 679.

⁵⁹⁷ Nesse sentido já decidiu a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 813.222/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. 08/09/2009, DJe 04/05/2011: “A Ação Civil Pública tem por finalidade a repressão a ilícito civil, bem como a prevenção e a reparação de eventuais danos dele decorrentes, daí a irrelevância da caracterização do fato como crime ou contravenção. E se crime ou contravenção existir, nada impede a concorrência simultânea das duas investigações (inquérito penal e inquérito civil) ou ações (criminal e civil), inclusive com o empréstimo e aproveitamento, por uma, de provas geradas pela outra, mesmo interceptações autorizadas, desde que assegurados o contraditório e a ampla defesa. Corolário dessa compreensão do sistema jurídico brasileiro, ou seja, da diversidade e autonomia das duas jurisdições, é o fato de que medidas assecuratórias e tutela inibitória, análogas entre si ou de índole similar, podem ser deferidas tanto na instância civil, como na penal — simultânea, isolada ou consecutivamente”.

ordenamento passa a tutelar determinados direitos ou interesses, a prevenção contra sua violação nasce, à toda evidência, natural e conjuntamente.

Tal percepção revela-se extremamente importante, até mesmo para que seja possível afirmar o comprometimento do direito material com a tutela inibitória e, com isso, fundamentar a própria ideia de responsabilidade civil preventiva.

Muito embora seja a legislação processual que estabeleça as técnicas preventivas para a atuação concreta da tutela inibitória, nem por isso se pode afirmar que essa derive ou dependa exclusivamente do processo, sob pena de se incidir em inversão lógica. Como corretamente observa SPADONI, “o fundamento substancial da tutela inibitória genérica, no direito brasileiro, reside no direito ao cumprimento específico da obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa, que tem por consectário o direito à inibição do ato violador de direito, estando consagrado nos arts. 461 e 461-A do CPC, normas estas que são tanto de direito processual quanto de direito material”.⁵⁹⁸

Atento à necessidade de o próprio Direito material viabilizar, tanto quanto possível, a concretização dos direitos subjetivos, anota com propriedade PERLINGIERI, criticando a tendência de se imputar somente à Jurisdição, por via do processo, referida tarefa:

A falta de aprofundamento, por parte dos civilistas, da temática concernente à concretização das relações não patrimoniais encontra explicação em numerosos fatores, e principalmente em três deles: a identificação a) do direito privado com o direito das relações patrimoniais; b) da juridicidade com o momento coercitivo específico; c) da juridicidade com a mera tutelabilidade do interesse mediante o processo, embora muitas técnicas de realização dos direitos sejam previstas em normas de direito substancial. O instrumento de retificação (da informação: art. 8 L. n. 47 de 1948; de dados pessoais: arts. 7, §3, let. a, d.lg. n. 196 de 2003 e 8, §2, Carta EU) certamente representa um remédio extraprocessual para reagir a uma lesão do valor da pessoa. Falar de concretização dos direitos através do processo pode afastar das exigências efetivas; as técnicas de concretização presentes no direito substancial, diversas da execução forçada, deveriam ser aprofundadas e utilizadas para a tutela das situações não patrimoniais.”⁵⁹⁹

Para que se consiga compreender a natural correlação existente entre a tutela inibitória e o Direito material é imprescindível que se diferencie claramente a “tutela

⁵⁹⁸ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 47.

⁵⁹⁹ PIERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 770-771.

dos direitos” da “tutela jurisdicional dos direitos”, quase sempre confundidas ou tratadas indistintamente.

Nesse sentido, utilizamo-nos da distinção apontada por MARINONI:

Cabe frisar, porém, que o direito de acesso à justiça garante a técnica processual capaz de prestar a efetiva tutela dos direitos, e não propriamente a tutela do direito. A tutela é decorrência da existência do próprio direito. Ou melhor, a tutela inibitória existe pelo fato de ser inerente à existência do direito; todo titular de direito tem o direito de impedir a sua violação.

Não basta, como é evidente, que o ordenamento jurídico afirme um direito, mas é necessário que ele lhe confira tutela, ou seja, que ele lhe dê proteção. Entretanto, em um ordenamento jurídico marcado pela proibição da autotutela, a jurisdição deve estar aberta à tutela dos direitos.

A consagração dos direitos faz surgir, por consequência lógica, o direito à tutela jurisdicional, isto é, o direito de pedir, conforme o caso, o impedimento de sua violação, a sua reparação etc. Quem tem direito material, tem direito de pedir tutela jurisdicional. De modo que o direito à tutela jurisdicional inibitória é conatural ao direito material. Com efeito, não temos a menor dúvida em afirmar que o princípio geral de prevenção é imanente a qualquer ordenamento jurídico que se empenhe em garantir – e não apenas em proclamar – os direitos.

O direito à tutela jurisdicional, que é decorrência da própria existência do direito substancial e da proibição da sua realização privada, não é apenas o direito de ir ao Poder Judiciário, mas o direito de obter a via técnica adequada para que o direito material possa ser efetivamente realizado através da jurisdição. O direito à tutela, assim, é o direito à técnica processual (por exemplo, sentença e meios executivos) capaz de permitir a efetiva proteção do direito material. Trata-se, assim, do direito à adequada tutela jurisdicional.⁶⁰⁰

A distinção supra-apontada suscita, como parece claro, a necessidade de diferenciação entre os conceitos de “ação de direito material” e “ação processual”, tão cara a juristas como PONTES DE MIRANDA e Ovídio BAPTISTA DA SILVA, mas, ao mesmo tempo, tão desprezada ou ignorada pela imensa maioria dos juristas nacionais.⁶⁰¹

⁶⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 82-83.

⁶⁰¹ Sobre a enorme dificuldade que os juristas revelam, na atualidade, em separar as categorias de direito material e direito processual, adverte Ovídio BAPTISTA DA SILVA: “Reconheço que a separação entre o direito material e processo não se concilia com o *normativismo* jurídico, o pressuposto tão natural a nossa formação, que concebe o direito como uma norma editada pelo Estado. Somente ao conseguirmos superar esse pressuposto, vendo fenômenos jurídicos em comunidades humanas pré-estatais, em expressões rudimentares, como nos mostram os estudos de arqueologia jurídica, seria possível aceitar a existência de direitos que não contenham «dentro de si» o mecanismo de sua realização judicial e, mesmo assim, sejam perfeitamente eficazes como direito, enquanto realidades histórica e sociológica”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 183.

De fato, constitui equívoco imputar-se à tutela inibitória uma natureza essencialmente processual, devendo ser encarada, antes de tudo, como inerente a qualquer direito subjetivo, atribuindo ao seu titular uma “ação” (de direito material) que pode ser compreendida, conforme PONTES DE MIRANDA, como “combatividade”, um direito de “reclamar, através ou por meio de ato, a verificação, a atuação da lei”.⁶⁰²

Muito embora as noções de “ação de direito material” e de “ação processual” sejam inconfundíveis, por força da vedação da autotutela privada e da assunção do monopólio da prestação da tutela jurisdicional dos direitos por parte do Estado, a habitual e quase exclusiva forma pela qual o titular do direito subjetivo consegue “agir” em defesa desse (preventiva ou repressivamente) acaba sendo, instrumentalmente, por via do processo, vale dizer, por via do direito processual e de suas técnicas de tutela dos direitos.

Para melhor compreensão da distinção entre “ação de direito material” e “ação processual”, é oportuno examinar as lições de PONTES DE MIRANDA, a seguir pontuadas:

Vulgarmente, exames desatentos confundem o direito subjetivo, a pretensão e a ação. A ação, a *actio*, supõe, sem necessitar, o direito objetivo, que a dê, e fato, que constitua a razão de ser de seu exercício. Por isso mesmo não se identifica com o dever do sujeito passivo. Se o direito subjetivo tende à prestação, surgem a pretensão e a ação. A ação, que supõe haver-se transgredido a norma, constitui outro plus e tende, não à prestação, mas a efeito jurídico específico. O credor tem direito subjetivo ao que se lhe atribui: tem-no desde que a relação nasceu. A exigibilidade faz-lhe a pretensão. Se o devedor não paga como e quando deve pagar, cabe propor-se ação. Não se diga que a coação a caracteriza, nem que caracterize as duas, a ação e a pretensão; porque o que existe de coativo no direito é comum ao direito objetivo não-subjetivado e aos direitos subjetivos. (...) A luta material foi a forma primitiva de solução, diante dos bens da vida. Em usos de povos primitivos e antigos ainda persistem formas simbólicas das decisões por atos próprios. Ao lado delas, regras jurídicas que punem severamente o fazer justiça pelas próprias mãos.(...) Estudos superficiais puseram as pretensões no direito processual. A consequências seriam embaraçantes. No direito dos Estados a dois sistemas de direito, a pretensão teria de ficar aos legisladores do direito processual, o que seria absurdo. (...) O direito subjetivo e a pretensão não se confundem com a ação, que é, por sua vez, um plus. Enquanto o direito subjetivo e a pretensão tendem à prestação, a ação supõe combatividade e, pois, tende, não à prestação, mas a efeito jurídico específico. Pode mudar a legislação quanto ao direito subjetivo, sem que mude quanto à ação, ou vice-versa. Não raro, antes de se extinguir o direito

⁶⁰² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 64.

subjetivo, é a pretensão, ou a ação, que se extingue. (...) Incorreram em grave erro alguns juristas de ciência superficial, quando viram na ação de direito público subjetivo, fruto de confusão entre a pretensão, a ação e o remédio jurídico processual. A pretensão de alimentos é de direito privado, regida pelo Código Civil, ao passo que o remédio jurídico processual e o seu rito são de direito público, de direito processual, regidos pelas leis processuais.(...) A ação, no sentido do direito material, é direito a reclamar. Não é o direito subjetivo que já definimos, nem o direito-meio que os Estados conferem com os remédios jurídicos processuais. O direito de ação não é contra determinado Estado, o que dela faria direito público subjetivo; mas a admissão, por parte do direito mesmo que cria a relação, a reclamar a aplicação da lei. O remédio, sim, é direito subjetivo contra um Estado, - e o que estabelece o remédio, o Estado do foro. Aí, 'ação' é conceito de direito processual.⁶⁰³

Partindo-se da premissa, assim, de que a pretensão de tutela dos direitos origina-se ou deriva da sua própria criação, parece ficar muito mais claro que é o ordenamento jurídico substancial, muito antes e independentemente de qualquer intervenção jurisdicional, que deveria intentar, por variadas formas, mecanismos mais adequados, seja para a prevenção, seja contra a violação dos direitos.

Daí a menção à chamada “tutela inibitória material”, compreendida como proteção concebida e viabilizada pelo próprio direito material, no intuito de, tanto quanto possível e razoável, implementar mecanismos de “autodefesa” contra possíveis violações e, ao mesmo tempo, de concretização dos comandos normativos que lhes são inerentes, tudo na perspectiva da mais ampla tutela dos direitos.

O grande desafio que se abre na atualidade, conforme se deseja demonstrar presentemente, é não apenas (re)descobrir as possibilidades de se empreender a prevenção da violação dos direitos a partir do próprio direito material como, sobretudo, encontrar os *meios* adequados para que tal objetivo seja concretizável, dentro de um sistema jurídico conformado constitucionalmente tanto pelo princípio da máxima proteção dos direitos fundamentais como pela razoabilidade e proporcionalidade de sua concreta atuação.

⁶⁰³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 34-61.

5.3. MECANISMOS INIBITÓRIOS MATERIAIS

5.3.1 A garantia do exercício da autotutela para a proteção dos direitos fundamentais no Brasil

A autotutela (ou autodefesa) comumente é retratada pela doutrina processual como um “equivalente jurisdicional”, vale dizer, forma não jurisdicional de solução de conflitos, que se caracteriza pela direta imposição da vontade de um dos litigantes com o sacrifício do interesse do outro.⁶⁰⁴

Trata-se de forma de resolução de controvérsias considerada primitiva, ultrapassada (aplicada, sobretudo, em sociedades pré-estatais) e injusta, por se fundar não exatamente em critérios de “justiça”, mas sim pelo rudimentar método da “força” de quem “pode mais”.

Gradativamente, a autotutela foi sendo substituída pelos métodos de intermediação privada (mediação e arbitragem) ou pública (jurisdição), considerados mais apropriados para a solução dos conflitos.⁶⁰⁵

Precisamente por isso, o emprego da autotutela é, em regra, vedada pelos ordenamentos jurídicos, tal como ocorre no Direito brasileiro, que estabelece a proibição geral do exercício arbitrário das próprias razões.⁶⁰⁶

⁶⁰⁴ Conforme conceituação de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, “La autodefensa se caracteriza porque uno de los sujetos en conflicto (tratése de persona individual, asociación obrera o patronal, consorcio económico, partido político oficial, profesión o cuerpo, Estado nacional etc.), y aun a veces los dos, como en el duelo o en la guerra, resuelven o intentan resolver el conflicto pendiente con el otro, mediante su acción directa, en lugar de servise de la acción dirigida hacia el Estado a través del proceso”, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p. 50. Tradução livre: “A autodefesa se caracteriza porque um dos sujeitos em conflito (trata-se de pessoa individual, associação de trabalhadores ou empregadores, consórcio econômico, partido político oficial, corpo profissional, Estado Nacional etc.), e por vezes os dois, como em um duelo ou na guerra, resolvem ou intentam resolver o conflito pendente com o outro, mediante sua ação direta, em lugar de servir-se da ação dirigida contra o Estado por meio do processo”. Eduardo Couture, por sua vez, conceitua a autotutela como “reacción directa y personal de quien se hace justicia con manos propias”, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988, p. 9.

⁶⁰⁵ Conforme assinala Calamandrei, “se puede decir que la historia de la lucha contra la autodefensa es la historia del Estado y de la misma civilización humana”, CALAMANDREI, Piero, *Derecho procesal civil*. México: Oxford University Press, 1999, p. 38. Tradução livre: “Pode-se dizer que a história do Estado é a mesma da civilização humana”.

⁶⁰⁶ “Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.”

Todavia, apesar de ser considerada obsoleta e injustificável como meio de solução de conflitos na atualidade, a autotutela não foi completamente abandonada, sendo possível constatar reminiscências do referido sistema, em decorrência não apenas da necessidade de preservação de certos valores considerados altamente relevantes (e, portanto, passíveis de proteção anterior e independentemente da intermediação do Estado), como também da compreensão de que o Estado nem sempre pode estar presente, e com a devida agilidade e efetividade, para intermediar as crises sociais, prestando adequada proteção jurisdicional.⁶⁰⁷

De outro lado, não se pode imaginar que o simples direito à reparação dos danos sofridos pelas pessoas, por si só, constituiria forma adequada de o Estado legitimar a imposição da vedação da autotutela, conforme GOLDBERG:

O Governo, ao assumir a tarefa de manutenção da sociedade civil, retira dos indivíduos uma variedade de poderes que eles estariam habilitados, de outra forma, a exercer. Assim, salvo em casos especiais, tais como a auto-defesa, a vítima de um dano é inabilitada por lei a responder ao mesmo por conta própria, ou com a ajuda de seus amigos ou parentes. Se o vitimado ataca ou apreende o outro, ou expropria os seus bens em um esforço para obter satisfação para o mal a ele causado, ele estará sujeito à responsabilidade por pilhagem, cárcere privado e ou à conversão, tanto quanto à punição penal. Com base na autodefesa bloqueada pela lei, o governo é obrigado, pelo menos em algum grau, a fornecer um caminho alternativo para a obtenção da satisfação. A garantia da vítima ao direito de reparação é uma maneira óbvia para o governo cumprir esse dever, particularmente quando a lei se recusa a impor obrigações legais afirmativas aos agentes para atuar de outras formas para a proteção das pessoas⁶⁰⁸

Isso torna a autotutela merecedora, quando menos, de uma reavaliação crítica fundada na natural constatação da predeterminação responsável dos seres humanos. Na síntese do pensamento de CAPELO DE SOUZA, “A dignidade da natureza de cada homem, enquanto sujeito pensante dotado de liberdade e

⁶⁰⁷ Neste sentido, Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p. 56.

⁶⁰⁸ GOLDBERG, John C.P. The Constitutional Status of Tort Law: Due Process and the Right to a Law for the Redress of Wrongs. *The Yale law journal* n. 115, 2005, p. 606. Tradução livre. “Government, by taking on the task of maintaining civil society, obtains from individuals a variety of powers that they would otherwise be entitled to exercise. Thus, apart from special cases such as self-defense, the victim of a wrong is by law disabled from responding to the wrong on his own, or with the aid of his friends or kin. If he attacks or seizes another or expropriates her goods in an effort to obtain satisfaction for the wrong done to him, he will be subject to liability for battery, false imprisonment, and/or conversion, as well as criminal punishment. With resort to self-help blocked by the law, government is obligated, at least to some degree, to provide an alternative path for the attainment of satisfaction. Granting the victim a right to redress is an obvious way for government to fulfill that duty, particularly when the law declines to impose affirmative legal duties on officials to act in other ways for the protection of individuals.”

responsabilidade, outorga-lhe autonomia não apenas física, mas também moral, particularmente, na condução da sua vida, na auto-atribuição de fins a si mesmo, na eleição, criação e assunção da sua escala de valores, na prática dos seus actos, na reavaliação dos mesmos e na recondução do seu comportamento”.⁶⁰⁹

No Direito brasileiro, as autorizações para o emprego da autotutela são consideradas, tradicionalmente, como sendo *típica* e *exaustivamente* previstas pelo legislador ordinário que, nas hipóteses remetidas, concederia excepcional aval para a autodefesa, pelos motivos acima apontados.

Tanto no campo do Direito Público como no Direito Privado encontram-se exemplos da sobrevivência da autotutela no Ordenamento Jurídico brasileiro.

No sistema do Direito penal, por exemplo, autoriza-se o emprego da autotutela nas hipóteses em que se caracteriza a legítima defesa⁶¹⁰, o estado de necessidade⁶¹¹ e o estrito cumprimento do dever legal (exercício regular do direito).⁶¹² Por evidente, trata-se de situações em relação às quais o Estado deve consentir com o emprego da força privada para a salvaguarda de direitos próprios ou alheios, respeitadas a razoabilidade e a proporcionalidade da reação havida.

No campo do Direito administrativo, a possibilidade de a Administração Pública reapreciar seus atos *de ofício*, vale dizer, sem a necessidade de provocação do particular, com fundamento no princípio da autoexecutoriedade, também é qualificada como forma de autotutela, no intuito de proteção do interesse público.⁶¹³

Mais intrigante e pertinente à análise da responsabilidade civil preventiva, todavia, revela-se a verificação da autorização do exercício da autotutela no campo do Direito privado, sobretudo em face dos ideais democráticos e garantistas prometidos pela heterotutela.⁶¹⁴

⁶⁰⁹ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1965, p. 317.

⁶¹⁰ Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

⁶¹¹ Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

⁶¹² Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

⁶¹³ Conforme a Súmula 473 do STF "A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em qualquer caso, a apreciação judicial". Também, consoante a Súmula 346, "A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos".

⁶¹⁴ De acordo com Norberto BOBBIO, "A diferença fundamental entre as duas formas antitéticas de regime político, entre a democracia e a ditadura, está no fato de que somente num

No que diz respeito ao Direito civil brasileiro, pode-se afirmar que o emprego da autotutela sempre foi *típica e taxativamente* estabelecido já pelo Código Civil de 1916, em hipóteses intimamente correlacionadas com a proteção da propriedade e da posse.⁶¹⁵

Trata-se dos casos lembrados e consagrados por parte do legislador de 2002, relativamente ao *direito de retenção*⁶¹⁶, ao *desforço imediato*⁶¹⁷, ao *penhor legal*⁶¹⁸, ao *direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem a estrema do prédio*⁶¹⁹, e aos chamados *atos justificados*, ou seja, aqueles praticados em legítima defesa, estado de necessidade ou exercício regular de direito.⁶²⁰

regime democrático as relações de mera força que subsistem, e não podem deixar de subsistir onde não existe Estado ou existe um Estado despótico fundado sobre o direito do mais forte, são transformadas em relações de direito, ou seja, em relações reguladas por normas gerais, certas e constantes, e, o que mais conta, preestabelecidas, de tal forma que não podem valer nunca retroativamente. A consequência principal dessa transformação é que nas relações entre cidadãos e Estado, ou entre cidadãos entre si, o direito de guerra fundado sobre a autotutela e sobre a máxima 'Tem razão quem vence' é substituído pelo direito de paz fundado sobre a heterotutela e sobre a máxima 'Vence quem tem razão'; e o direito público externo, que se rege pela supremacia da força, é substituído pelo direito público interno, inspirado no princípio da 'supremacia da lei' (rule of law)", BOBBIO, Norberto. *As Ideologias e o Poder em Crise*. 4ª ed. Trad. João Ferreira. Brasília: Ed. Unversidade de Brasília, 1999, p. 97-98.

⁶¹⁵ Trata-se de mais um excepcional exemplo de como a ideologia liberal- patrimonialista continuou e continua, em larga escala, a inspirar e reger o direito do século XXI.

⁶¹⁶ Art. 578. Salvo disposição em contrário, o locatário goza do direito de retenção, no caso de benfeitorias necessárias, ou no de benfeitorias úteis, se estas houverem sido feitas com expresse consentimento do locador; Art. 644. O depositário poderá reter o depósito até que se lhe pague a retribuição devida, o líquido valor das despesas, ou dos prejuízos a que se refere o artigo anterior, provando imediatamente esses prejuízos ou essas despesas; Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis; Art. 1.433. O credor pignoratício tem direito: I – (...) II - à retenção dela, até que o indenizem das despesas devidamente justificadas, que tiver feito, não sendo ocasionadas por culpa sua; Art. 1.434. O credor não pode ser constrangido a devolver a coisa empenhada, ou uma parte dela, antes de ser integralmente pago, podendo o juiz, a requerimento do proprietário, determinar que seja vendida apenas uma das coisas, ou parte da coisa empenhada, suficiente para o pagamento do credor.

⁶¹⁷ Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado. § 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

⁶¹⁸ Art. 1.467. São credores pignoratícios, independentemente de convenção: I - os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito; II - o dono do prédio rústico ou urbano, sobre os bens móveis que o rendeiro ou inquilino tiver guarnecendo o mesmo prédio, pelos aluguéis ou rendas.

⁶¹⁹ Art. 1.283. As raízes e os ramos de árvore, que ultrapassem a estrema do prédio, poderão ser cortados, até o plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido.

⁶²⁰ Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Todavia, uma das grandes novidades da legislação civil nacional, aparentemente ainda pouco explorada pela doutrina, diz respeito à possível abertura do sistema do Direito Privado para a *autotutela*, capaz de fundamentar expressivamente a proteção inibitória material dos direitos e, em especial, dos direitos fundamentais.

Essa abertura à autodefesa no campo do Direito Privado se deve, segundo sustentamos, à inserção de alguns dispositivos no Código Civil brasileiro de 2002 que, se sistemática e teleologicamente interpretados, viabilizam uma verdadeira tutela inibitória dos direitos.

Ao tratar do Direito das obrigações, e mais especificamente do inadimplemento das obrigações de fazer e de não fazer, o Código Civil estabelece, nos artigos 249 e 251, para além do já consagrado modelo da solução indenizatória em perdas e danos, a possibilidade de o credor exigir a tutela específica da obrigação inobservada.⁶²¹

Além disso, porém, a legislação brasileira passou a autorizar o credor a, em casos de urgência, por intermédio de terceiros ou por conta própria e “independentemente de autorização judicial”, satisfazer a sua pretensão, sem prejuízo do direito de vir a ser posteriormente ressarcido pelas perdas e danos suportados.⁶²²

⁶²¹ Nesse sentido, o Código Civil veio a reforçar a *tutela específica* processualmente já garantida por força do sistema art. 461 do Código de Processo Civil que, reformulado pela Lei n.º 8952/94, estabelece: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. §1.º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. §2.º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). §3.º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. §4.º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. §5.º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. §6.º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.”

⁶²² Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível. Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido; Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaza, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos. Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor

Tais dispositivos, conforme a autorizada doutrina de GRINOVER, inauguram no Brasil renovadas e importantes modalidades de autotutela:

A leitura conjunta dos dois *caput* e respectivos parágrafos dos mencionados dispositivos mostra que a regra geral, inscrita no *caput*, é a da intervenção judicial, enquanto a exceção é constituída pelos parágrafos únicos, que dispensam autorização judicial, constituindo-se em formas de autotutela.(...)

A grande novidade do Código Civil, aplicável evidentemente ao regime processual, consiste na nova modalidade de autotutela criada para as obrigações de fazer e não fazer nos parágrafos únicos dos arts. 249 e 251 supra transcritos.

Pressuposto explícito da autotutela nas obrigações de fazer ou não fazer é a *urgência*. O requisito coaduna-se com os próprios fundamentos das formas de autotutela permitidas pelo ordenamento, os quais, como visto, são a impossibilidade de estar o Estado-juiz presente sempre que um direito esteja sendo violado ou prestes a sê-lo, bem como a impossibilidade de se confiar no altruísmo da outra parte, inspirador de uma possível autocomposição. Mas existem pressupostos implícitos da autotutela, que impregnam todo o sistema do Código Civil: o princípio da *boa-fé*, da *eticidade*, da fustigação do *abuso do direito*.

Segue-se daí que não é correta a afirmação de que os dispositivos em questão representam um “cheque em branco” para o credor. Embora se tratem de conceitos abertos, indeterminados, não consagram eles uma liberdade ilimitada.⁶²³

Como se percebe, parece possível sustentar que os novos dispositivos mencionados, ao autorizar o exercício da autotutela, em casos de urgência, para o adimplemento das obrigações de fazer e de não fazer, podem constituir importantes instrumentos para a concretização da tutela específica dos direitos, seja pelo viés indenizatório, seja pela óptica inibitória.⁶²⁴

Com efeito, ao se imaginar a multiplicidade de direitos para cuja concretização específica ou para a sua não violação seja necessária a observância de prestações de fazer e ou de não fazer, facilmente se constata a extraordinária funcionalidade que a autotutela, agora expressa e genericamente prevista pelo

desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.

⁶²³ GRINOVER, Ada Pellegrini, A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil). *Revista brasileira de direito constitucional – RBDC*, n. 10 – jul./dez. 2007, p. 17-18.

⁶²⁴ Conforme AZEVEDO, Alvaro Villaça, “a inclusão desse parágrafo único, no aludido dispositivo legal, foi de grande utilidade: pois, no Código Civil de 1916, não havia essa possibilidade autorizada expressamente, o que dá mais tranquilidade ao credor, que, em caso de urgência na realização do fazer, não necessita de aguardar autorização judicial”, *Teoria geral das obrigações. Responsabilidade civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 73. No mesmo sentido, WALD, Arnoldo. *Direito civil: Direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33-35.

Código Civil brasileiro no campo das obrigações de fazer e não fazer, pode proporcionar para a afirmação, tanto preventiva como repressiva, dos direitos.

Maior alcance e efetividade da referida autotutela, todavia, podem ser extraídos a partir de uma interpretação extensiva dos artigos 249 e 251 do Código Civil, que permita sua aplicabilidade para muito além das relações privadas derivadas dos negócios jurídicos.

Muito embora contida em legislação privada, a autorização do Código Civil para a autotutela no campo das obrigações de fazer e de não fazer pode ser compreendida como aplicável também para a satisfação de direitos não obrigacionais, vale dizer, tutelando o cumprimento específico ou a inibição da violação de quaisquer *deveres jurídicos*, ainda que derivados da lei e não de negócios jurídicos.

Semelhante discussão já foi entabulada no Brasil, ainda que sob contexto da tutela jurisdicional, quando da alteração do art. 461 do CPC que, como supra-verificado, implantou um importante e revolucionário sistema de proteção judicial das “obrigações de fazer e de não fazer”.

À época, parte da doutrina, fundada sobretudo na interpretação literal do referido dispositivo, supôs que a *tutela específica das obrigações*, garantida inclusive por via de técnicas coercitivas e subrogatórias, diria respeito tão somente às *obrigações* civis, não sendo extensível para a proteção de outros direitos de natureza não obrigacional.

Contra tal entendimento reducionista, reagiu TALAMINI, dentre outros processualistas, após enfrentar a correlação de gênero e espécie existente entre os termos “dever jurídico” e “obrigação”:

O sistema das tutelas estabelecido a partir do art. 461 não se limita às obrigações propriamente ditas. Estende-se a todos os *deveres jurídicos* cujo objeto seja um fazer ou um não fazer – como reconhecido pela doutrina. Não faria sentido a lei excluir de regime de proteção mais adequado os deveres não obrigacionais. Precisamente entre estes é que se apresentavam algumas das situações mais críticas em face das deficiências do anterior regime. (...) As regras em exame, portanto, disciplinam a consecução do resultado de deveres derivados de direitos relativos (obrigacionais ou não) e absolutos (reais, da personalidade etc), públicos e privados – com as evidentes ressalvas acerca da eventual existência de vias especiais de tutela. O sentido de “obrigações” alcança até mesmo os interesses difusos – para os quais, porém, há via específica, equiparável à do art. 461. O art. 461 dá suporte a provimentos destinados a cessar ou impedir o início de condutas de afronta a qualquer direito da personalidade ou, mais

amplamente, a qualquer direito fundamental de primeira geração. Aí se inserem a integridade física e psicológica, a liberdade em suas inúmeras facetas (de locomoção, associação, crença, profissão...), a igualdade, a honra, a imagem, a intimidade etc. – todos considerados em seus vários desdobramentos. A proteção jurisdicional pode ser necessária tanto perante ações indevidas estatais quanto de particulares. (...)

Em síntese, “obrigação” no art. 461 assume o sentido larguíssimo de dever jurídico.⁶²⁵

Evidentemente que não se desconhecem nem se menosprezam as dificuldades hermenêuticas que podem obstaculizar a compreensão ampla do sentido de “obrigações de fazer e de não fazer”, contida nos artigos 249 e 251 do Código Civil ora tratados, como “deveres de fazer e de não fazer”, sobretudo por se tratar de legislação privada e regulação tópica do chamado “Direito das Obrigações”.

Contudo, diante do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, que trouxe consigo a necessidade de funcionalização dos institutos privados no intuito supremo da afirmação dos direitos fundamentais (que, como antes verificado, devem ter aplicabilidade direta e imediata sobre o direito privado), parece bastante razoável sustentar a extensão da autorização da autotutela referida para a proteção de outros direitos, cuja concretização ou não violação dependam da observância de deveres constitucional ou legalmente estabelecidos.

Mesmo que não se abone a interpretação ora sustentada, há ainda outro possível fundamento legal, também oriundo da codificação civil brasileira de 2002, para justificar a autotutela de direitos relativos à personalidade.

Trata-se da previsão contida no art. 12 do Código Civil, segundo o qual “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”

Nesse específico campo dos direitos de personalidade, destaque-se, há muito se preconiza a imprescindibilidade de se inferir, não só da legislação ordinária, mas do próprio texto constitucional brasileiro (CF, arts. 1º, III, 3º, III e 5º, *caput*, inciso X e § 2º), a existência de uma verdadeira “cláusula geral de proteção da personalidade”, a ser implementada por via de renovadas e adequadas técnicas que superem o

⁶²⁵ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, pp. 125-129.

inapropriado modelo patrimonialista que oferece insatisfatória resposta repressiva contra a violação dos direitos.⁶²⁶

Nesse sentido, conforme TEPEDINO,

Nem parece suficiente o mecanismo simplesmente repressivo, próprio do direito penal, de incidência normativa limitada aos momentos patológicos das relações jurídicas, no momento em que ocorre a violação do direito, sob a moldura de *situações-tipo*. A tutela da pessoa humana, além de superar a perspectiva setorial (direito público e direito privado), não se satisfaz com as técnicas ressarcitória e repressiva (binômio lesão-sanção), exigindo, ao reverso, instrumentos de promoção do homem, considerado em qualquer situação jurídica de que participe, contratual ou extracontratual, de direito público ou de direito privado. (...)

A tutela da personalidade – convém, então, insistir – não pode se conter em setores estanques, de um lado os direitos humanos e de outro as chamadas situações jurídicas de direito privado. A pessoa, à luz do sistema constitucional, requer proteção integrada, que supere a dicotomia direito público e direito privado e atenda à cláusula geral fixada pelo texto maior, de promoção de dignidade humana.⁶²⁷

Assim sendo, para além de a literalidade da redação do referido dispositivo (art. 12 do Código Civil) abrir margem para que se conclua tratar-se de autorização ordinária para o exercício da autotutela na defesa dos direitos de personalidade (sobretudo se combinado com os parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do mesmo Código Civil), pode-se afirmar que *o direito à autodefesa possui assento diretamente constitucional no Brasil*, mais especificamente, para a proteção do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Com efeito, ao inaugurar o título II, atinente aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, a Constituição Federal brasileira, em seu art. 5º, *caput*, estabelece que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a *inviolabilidade* do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)”.

⁶²⁶ Analisando especificamente o art. 12 do Código Civil e a necessidade de uma tutela preventiva aos direitos de personalidade, Paulo NADER conclui que “quase sempre, quando se recorre ao Judiciário, está-se diante do fato consumado, não restando outro caminho senão o de se pleitear ressarcimento, além de eventual procedimento criminal. Os órgãos da Administração Pública e o Judiciário podem, todavia, atuar preventivamente, evitando que a violação dos direitos se concretize. Aliás, a finalidade primordial do direito é esta, mediante dispositivos de intimidação, evitar a quebra da harmonia e da paz social. *Curso de direito civil – parte geral*. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 191.

⁶²⁷ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de direito civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 46-50.

Ora, se o que se objetiva assegurar primordialmente, como direito fundamental, é a “inviolabilidade” e não a “reparação dos danos causados” à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, parece claro que, em relação a tais direitos, antes mesmo de o Estado prestar as mais eficientes formas de tutela imagináveis, abre-se ao próprio titular do direito a autorização, intuitiva até, de que atue, sempre que necessário e urgente, para autotutelar-se contra qualquer ameaça razoável da sua violação.

Dessa forma, em que pese todo o preconceito ideológico contra o emprego da autotutela nos sistemas jurídicos atuais, parece certo que o tema merece ser cuidadosamente revisitado, no intuito de se verificar um possível redimensionamento e refundamentação do exercício da autodefesa, sobretudo no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais.

A toda evidência, não se deseja defender a volta do emprego da “vingança privada”, da “força bruta” ou da “lei do mais forte” para justificar, indevidamente, a autodefesa dos direitos.

Muito ao contrário, apenas se suscita a viabilidade de, sem descurar do possível e necessário controle jurisdicional *a posteriori*, referente ao uso arbitrário das próprias razões e ao abuso do direito (a serem viabilizados por via da aplicação de princípios tais como o da razoabilidade, da proporcionalidade e da boa fé), abrir-se definitivamente o caminho para a aceitação de uma renovada forma de autotutela que, consentânea com os valores e as necessidades da vida social do século XXI, demonstre-se apta a se antecipar ou a complementar a tutela estatal, nem sempre presente, nem sempre acessível, nem sempre célere, nem sempre efetiva.

5.3.1.1 A autotutela no redimensionamento da responsabilidade civil e as despesas preventivas

Com base nas premissas supra-delineadas, a autotutela pode ser caracterizada como relevante instrumento preventivo, capaz de abrir novas perspectivas dentro do Direito da responsabilidade civil. Isso porque, ao se autorizar o emprego justificado e razoável da autodefesa em todas as hipóteses de sérias

ameaças aos direitos fundamentais, pode-se operar uma verdadeira inversão do próprio emprego do sistema de tutela jurisdicional.

Para melhor esclarecer tal inversão, não se pode deixar de anotar que, atualmente, ignorada a autorização da autotutela, o que se tem verificado é a multiplicação da jurisdicionalização das tutelas de urgência (cautelares e inibitórias, muitas vezes pretendidas antecipatoriamente), em dramáticas e nem sempre bem sucedidas buscas por proteções contra a violação dos direitos.

Por outro lado, abrindo-se a possibilidade de o próprio titular do direito ameaçado agir materialmente, mediante diversas formas de autotutela, para a preservação integral do direito, o emprego da tutela jurisdicional ficaria relegada, então, *a posteriori*, para garantir eventuais e possíveis pretensões de ressarcimento não apenas pelas perdas e danos suportados (decorrentes do insucesso da autodefesa) como também pelos custos gerados com a proteção preventiva.

Vale dizer, preserva-se a incolumidade do direito em essência, repassando-se ao agressor responsável pela injusta ameaça, a responsabilidade de ressarcimento pelos custos da prevenção suportados pelo titular do direito (autotutela) ou mesmo por terceiro em sua defesa.

Precisamente nesse sentido, o “European Group on Tort Law”,⁶²⁸ ao enunciar quais seriam, sob a perspectiva de suas pesquisas, os princípios do Direito europeu de responsabilidade civil, propugna pela adoção de uma nova categoria de danos indenizáveis, correspondentes justamente àqueles derivados das despesas havidas com a prevenção dos danos.

Destaca-se a seguir o pertinente enunciado do princípio e sua correspondente justificação:

Art. 2:104. Despesas preventivas: As despesas realizadas com vistas a prevenir uma ameaça de dano são consideradas dano ressarcível, desde que a realização dessas despesas se revele razoável. (...)

Objetivo desse artigo: O artigo aborda uma subcategoria de dano ressarcível. Trata-se de despesas expendidas antes que um dano ocorra. O artigo também se aplica a despesas de prevenção se nenhum dano ocorreu, seja porque as precauções impediram a ocorrência do dano ou ameaça, seja porque o risco não se concretizou. Para todos estes casos o art. 2:104 dispõe

⁶²⁸ Trata-se de grupo acadêmico sediado em Viena, formado no ano de 1992 e apoiado pelo Institut of European Tort Law, integrado por pesquisadores de diversos países, especificamente no campo do direito da responsabilidade civil, que objetiva avaliar os diversos sistemas de responsabilidade e propor inovações para o seu desenvolvimento. Endereço eletrônico <http://civil.udg.edu/php/index.php?id=128>, acessado em 22/04/2012.

que se as medidas financiadas pelos gastos eram razoavelmente aptas a impedir a ameaça de dano tais despesas são reembolsáveis. Se as precauções e as despesas respectivas foram razoavelmente idôneas, isso deve ser avaliado a partir de um ponto de vista objetivo de uma pessoa sensata e cuidadosa, que tem de pesar os riscos com antecedência. Portanto, as despesas de prevenção podem ser ressarcidas mesmo se o risco de danos não se materializou e uma retrospectiva revele que as precauções tomadas eram desnecessárias. E também quando a ameaça de dano finalmente se concretiza apesar de razoáveis precauções as despesas preventivas ainda remanesçam ressarcíveis. Todavia, nesses dois casos, deve ser particularmente julgado – por via de um ponto de vista *ex ante* – se as precauções tomadas e as despesas conformam-se ao standart de razoabilidade.⁶²⁹

Na verdade, as chamadas “despesas preventivas” já estão incorporadas ao Direito comunitário europeu, sendo especificamente previstas em matéria de proteção ambiental.

A Diretiva 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 21 de abril de 2004, definiu regras relativas à responsabilidade ambiental objetivando “estabelecer um quadro comum de prevenção e reparação de danos ambientais a custos razoáveis para a sociedade” que, se não podem ser suficientemente realizados pelos próprios Estados-membros, podem ser também alcançados em nível comunitário pela intervenção direta (ainda que subsidiária) dos órgãos executivos da União Europeia.

Dentre as considerações da referida Diretiva, fundada no princípio do poluidor-pagador, prescreve-se que

O operador que cause danos ambientais ou crie a ameaça iminente desses danos deve, em princípio, custear as medidas de prevenção ou reparação necessárias. Se a autoridade competente atuar, por si própria ou por

⁶²⁹ “Art. 2:104. Preventive expenses: Expenses incurred to prevent threatened damage amount to recoverable damage in so far as reasonably incurred. The Article covers a subcategory of recoverable damage. It deals with expenses spent before a damage has occurred. The Article even applies to preventive expenses if no damage occurred at all either because the precautions prevented the occurrence of the threatened damage or because the risk did not materialise. For all these cases Art. 2:104 provides that if the measures financed by the expenses were reasonably apt to prevent the threatened damage such expenses are recoverable. Whether the precautions and the respective expenses were reasonably apt must be assessed from an objective point of view of a reasonable and careful person who has to weigh the risks in advance. Therefore preventive expenses can be recovered even if the risk of damage did not materialise and hindsight revealed that the precautions taken were unnecessary. And equally where the threatened damage finally occurs despite reasonable precautions the preventive expenses still remain recoverable. However, in these two cases it must be particularly thoroughly adjudicated – from an *ex ante* point of view – whether the taken precautions and expenses conformed to the standard of reasonableness”. European Group on Tort Law. *Principles of European tort law*. Austria: Springer Wien New York, 2005, p. 37-38.

intermédio de terceiros, em lugar do operador, deve assegurar que o custo em causa seja cobrado ao operador. Também se justifica que os operadores custeiem a avaliação dos danos ambientais ou, consoante o caso, da avaliação da sua ameaça iminente. Os operadores devem suportar os custos respeitantes às medidas de prevenção se estas tiverem, em qualquer caso, de ser tomadas por eles em cumprimento de disposições legislativas, regulamentares e administrativas que regulem as suas actividades, incluindo eventuais licenças ou autorizações.⁶³⁰

Na regulação específica do ressarcimento das despesas com as medidas de proteção ambiental, dispõe o art. 8º da Diretiva 35/2004:

Artigo 8º. Custos de prevenção e de reparação.

1. O operador suporta os custos das ações de prevenção e de reparação executadas por força da presente diretiva.

2. Sob reserva do disposto nos nº 3 e 4, a autoridade competente deve exigir, ao operador que causou o dano ou a ameaça iminente de dano, nomeadamente mediante garantias sobre bens imóveis ou de outras garantias adequadas, o pagamento dos custos que tiver suportado com as ações de prevenção ou de reparação executadas por força da presente diretiva. Todavia, a autoridade competente pode decidir não recuperar integralmente os custos, quando a despesa necessária para o efeito for mais elevada do que o montante a recuperar, ou quando o operador não puder ser identificado.

3. Não é exigido ao operador que suporte o custo de ações de prevenção ou de reparação executadas por força da presente diretiva, se este puder provar que o dano ambiental ou a ameaça iminente desse dano:

a) Foi causado por terceiros e ocorreu apesar de terem sido tomadas as medidas de segurança adequadas; ou b) Resultou do cumprimento de uma ordem ou instrução emanadas de uma autoridade pública que não sejam uma ordem ou instrução resultantes de uma emissão ou incidente causado pela atividade do operador. Nestes casos, os Estados-Membros devem tomar as medidas adequadas para permitir ao operador recuperar os custos incorridos.⁶³¹

A mesma tendência segue o projeto de lei de reforma do Código Civil francês, em cujo artigo 1344 se propõe que “as despesas havidas para prevenir a realização iminente de um dano ou para evitar o seu agravamento, assim como para reduzir suas consequências, constituem um prejuízo reparável desde que tenham sido razoavelmente suportadas”.⁶³²

⁶³⁰ Diretiva 2004/35/CE, texto integral traduzido disponível no endereço eletrónico <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:143:0056:0075:PT:PDF>, acessado em 22/04/2012.

⁶³¹ Diretiva 2004/35/CE, texto integral traduzido disponível no endereço eletrónico <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:143:0056:0075:PT:PDF>. Acessado em 22/04/2012.

⁶³² “L'article 1344: Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage ou pour écarter son aggravation ainsi que pour en réduire les conséquences constituent

Acerca do ressarcimento das despesas preventivas, SINTEZ sinaliza diversos precedentes dos tribunais franceses, bem como a discussão doutrinária cada vez mais frequente sobre o tema:

A responsabilidade não repara os danos hipotéticos e este não é o caso das medidas para prevenir um risco de dano na medida em que eles são reais e constituem assim um prejuízo reparável. De lege lata, a jurisprudência é bastante recente e esporádica, as condições necessárias para que tais medidas preventivas sejam indenizadas não são claramente identificadas pela Corte de Cassação. A doutrina defende em contrapartida que as despesas sejam razoáveis e que a realização do dano seja iminente. (...) De lege ferenda, esta proposta parece ser mais restrita que o direito positivo. Nas espécies estudadas, não seria necessário que o risco de dano fosse iminente. A proporcionalidade das despesas efetuadas, no entanto, não está em dúvida. A reparação parece bem antecipada na medida em que o dano final ainda não se realizou. Ao contrário, o dano intermediário consistente nos custos gerados para evitar o dano final é reparado à luz deste objetivo. A prevenção se encontra assim, paradoxalmente, no coração da reparação.⁶³³

Por outro lado, para ilustrar outras hipóteses de ressarcimento por despesas preventivas, poderíamos imaginar inúmeras situações concretas nas quais os gastos imprescindíveis e razoáveis para a autotutela ou a proteção de direitos de terceiros daria ensejo à reparação.

Assim, *v.g.*, imagine-se que uma famosa atriz, vendo-se assediada inoportuna e incessantemente por um fã que lhe dirige constantes ameaças de séria

um préjudice réparable dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées". Texto do anteprojeto de alteração do código francês disponível no endereço eletrônico http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf, acessado em 22/04/2012.

⁶³³ SINTEZ, Cyril. *La sanction préventif en droit de la responsabilité civile*. Thèse, 2009, Université de Montreal. Sous la co-direction de Madame Catherine Thibierge. Disponível em https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/bitstream/1866/3748/2/Sintez_Cyril_2009_these.pdf, acessado em 12 de março de 2012, p. 92-93. Tradução livre: "La responsabilité civile ne répare pas les dommages hypothétiques et tel n'est pas le cas des mesures destinées à prévenir un risque de dommage dans la mesure où elles sont réelles et qu'elles constituent de ce fait un préjudice réparable. De lege lata, la jurisprudence étant récente et assez sporadique, les conditions nécessaires pour que telles mesures préventives soit indemnisées ne sont pas clairement identifiées par la Cour de cassation. La doctrine plaide en revanche pour que les dépenses soient raisonnables et que la réalisation du dommage soit imminente. (...) De lege ferenda, cette proposition semble donc être plus stricte que le droit positif. Dans les espèces étudiées, il n'était pas requis que le risque de dommage soit imminent. Le caractère proportionné des dépenses effectuées, en revanche, ne fait pas de doute. La réparation apparaît bien anticipée dans la mesure où le dommage final ne s'est pas réalisé. Au contraire, le dommage intermédiaire résidant dans les frais occasionnés pour éviter le dommage final, est réparé compte tenu de cet objectif. La prévention se retrouve ainsi paradoxalement au coeur de la réparation." Sobre a indenizabilidade das despesas geradas para a prevenção ou precaução de danos, vide, na doutrina francesa, ainda, VINEY, Geneviève. *RTDC*, 2004, p. 738; JOURDAIN, Patrice. *RTDC*, 2005, n° 04, p. 10362 e; BRUN Philippe, *La réparation Les préjudices réparables en droit français positif et prospectif*, disponível no endereço http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/273/273034_philippebrun.pdf, acessado em 16/04/2012.

perturbação da sua vida privada, chegando até mesmo a ameaçá-la com a prática de crimes (invasão de domicílio, rapto etc.), resolve contratar serviços de segurança privada, especificamente destinada a inibir a atuação do referido fã, durante o período em que duram as ameaças. Ao mesmo tempo em que a atriz implementa sua autotutela, as despesas geradas com o pagamento do referido serviço de segurança poderiam, em tal hipótese, ser cobradas do responsável pelas ameaças.⁶³⁴

Ainda, analisando-se a disseminada jurisdicionalização da saúde no Brasil, pode-se também socorrer das despesas preventivas para, eventualmente, alterar-se a técnica processual a ser adotada. Imagine-se que alguém, necessitando urgentemente de medicamento que, apesar de integrar o rol daqueles disponibilizados gratuita e universalmente pela rede pública de saúde (SUS), simplesmente não é encontrado nos postos de distribuição. Em tal hipótese, mesmo não tendo condições financeiras, o indivíduo acaba arcando pessoalmente com os custos da aquisição (por exemplo, contraindo empréstimo bancário). Sob a óptica da responsabilidade civil preventiva (e das despesas preventivas), subsequentemente poderia ingressar com ação contra o Estado, pleiteando o ressarcimento dos gastos que assumiu, sob fundamento do dever de proteção à saúde constitucionalmente garantido a todos.⁶³⁵

É bem verdade que, atualmente, diante de hipóteses como a acima narrada, usualmente tem-se lançado mão de ações mandamentais contra o Poder Público,

⁶³⁴ Tal exemplo revela situação diversa daquela invocada como ilustração pelo European Group on Tort Law, para identificar caso de inexistência de nexo causal suficiente para viabilizar o dever de reparar despesas preventivas. Imagine-se a hipótese de uma loja de departamentos que, tendo contratado um funcionário para a vigilância contra furtos, pretende cobrar do ladrão (apanhado furtando mercadorias pelo referido segurança da loja) o pagamento dos salários pagos ao funcionário, a título de “despesas de prevenção”. Nessa hipótese, segundo o European Group, não se verificando que a intenção daquele específico ladrão tenha sido a condição *sine qua non* para a contratação de serviços de segurança privada pela empresa, não se implementa o nexo causal para viabilizar o ressarcimento por despesas preventivas genericamente suportadas. Conforme ainda o European group, sobre as condições de reparabilidade das despesas preventivas, impõe-se que se trate de real e iminente perigo de dano que possa ser aferido a partir de um ponto de vista objetivo e razoável. Infundados temores não embasados em fatos suficientes não dariam, portanto, condições à reparação. Por fim, destaca o referido grupo de pesquisadores que as despesas indenizáveis somente abrangem aquelas concreta e especificamente destinadas a prevenir a violação do direito, devendo se verificar um adequado nexo causal entre a ameaça da violação do direito e a necessidade da adoção das medidas preventivas, sem o qual não se pode falar em despesas ressarcíveis. European Group on Tort Law. *Principles of european tort law*. Austria: Springer Wien New York, 2005, p. 39.

⁶³⁵ Conforme o art. 196 da Constituição Federal, “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

pleiteando-se tutelas de urgência (antecipatória) pelas quais objetiva-se compelir o Estado a providenciar o medicamento em prazo razoável, sob pena de coerções judicialmente determinadas.⁶³⁶ Todavia, nem sempre a acessibilidade à justiça ou o emprego de referida técnica processual se evidenciam satisfatórias ou mesmo adequadas, o que acaba tornando a autotutela quase uma necessidade insuperável.

Ademais, percebe-se que no exemplo dado, a ação a ser proposta contra o Estado, a *posteriori* à autotutela, inegavelmente será indenizatória. Contudo, o fundamento da reparação pode ser alvo de discussões, na medida em que não se trata de reparação por danos derivados da lesão ao direito fundamental que se objetivou proteger, mas sim, da recomposição da redução patrimonial sofrida em função das medidas de prevenção adotadas para preservá-lo.⁶³⁷

Como se espera ter demonstrado, o mecanismo da autotutela, agregado à ideia da plena ressarcibilidade das despesas preventivas, parece mesmo ser uma das formas adequadas de se viabilizar a efetiva proteção dos direitos fundamentais, sobretudo de natureza extrapatrimonial: o titular do direito tem a autorização

⁶³⁶ Dentre as coerções possíveis para a implementação do direito à saúde, o STJ já decidiu serem cabíveis tanto a multa coercitiva como, inclusive, o bloqueio de verbas públicas para a satisfação de demandante individual: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. TRATAMENTO DE SAÚDE E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A NECESSITADO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FAZENDA PÚBLICA. INADIMPLEMENTO. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. ASTREINTES. INCIDÊNCIA DO MEIO DE COERÇÃO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE, IN CASU. PEQUENO VALOR. ART. 461, § 5.º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. NOVEL ENTENDIMENTO DA E. PRIMEIRA TURMA. (...) In casu, a decisão ora hostilizada pelo recorrente importa na negativa de fixação das astreintes ou bloqueio de valor suficiente à aquisição dos medicamentos necessários à sobrevivência de pessoa carente, revela-se indispensável à proteção da saúde do autor da demanda que originou a presente controvérsia, mercê de consistir em medida de apoio da decisão judicial em caráter de sub-rogação. Por fim, sob o ângulo analógico, as quantias de pequeno valor podem ser pagas independentemente de precatório e a fortiori serem, também, entregues, por ato de império do Poder Judiciário. Recurso especial provido”, REsp 836.913/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08/05/2007, DJ 31/05/2007, p. 371). Ainda, em sentido idêntico: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. POSSIBILIDADE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. PRECEDENTES. TUTELA ANTECIPADA. MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR (CPC, ARTS. 273, §3º E 461, §5º). BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. CONFLITO ENTRE A URGÊNCIA NO TRATAMENTO E O SISTEMA DE PAGAMENTO DAS CONDENAÇÕES JUDICIAIS PELA FAZENDA. PREVALÊNCIA DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À SAÚDE SOBRE OS INTERESSES FINANCEIROS DO ESTADO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO”, REsp 902.473/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 16/08/2007, DJ 03/09/2007, p. 136.

⁶³⁷ Nesse sentido, as despesas preventivas poderiam ser consideradas como perda puramente econômica (*pure economic loss*), cuja indenizabilidade é bastante controvertida na doutrina e na jurisprudência do direito de responsabilidade civil. Sobre o tema, consulte-se PARISI, PALMER e BUSSANI, *The comparative law and economics of pure economic loss*, *George Mason University School of Law, Working Paper Series*, 2005, Paper 28. Disponível em: <http://law.bepress.com/gmulwps/gmule/art28>. Acessado em 10 de março de 2012.

constitucional e infraconstitucional para se auto defender, empregando os meios de que dispõe (materiais, econômicos etc), sendo-lhe sempre deferido o direito de buscar tutela jurisdicional repressiva, quando não dos danos, dos custos gerados com a lícita e razoável proteção pessoal dos direitos.

Em contrapartida, ao se qualificar as despesas com a prevenção contra o risco razoável de violação dos direitos como autênticos “*danos preventivos*”, cria-se ambiente profícuo não apenas para incentivar a autotutela como, ao mesmo tempo, para aumentar o nível de cuidado geral relativamente aos deveres de não violação dos direitos, na medida em que a criação de riscos ou ameaças injustificadas de violação a direitos alheios pode vir a gerar o dever de reparar gastos preventivos.

Vale dizer, abrem-se renovadoras e estimulantes perspectivas de autotutela dos direitos, baseada na ponderação de razoabilidade e de proporcionalidade da necessidade, natureza e meios empregados para a reação defensiva.

Além de propiciar a não violação e a concretização dos direitos por via da atuação autodenfensiva do seu próprio titular, garantindo-se-lhe ainda a reparação integral dos danos patrimoniais ou extrapatrimoniais⁶³⁸ sofridos, bem como dos custos gerados pela autotutela, salienta-se ainda que tal mecanismo revela-se plenamente congruente com os princípios da segurança jurídica e do devido processo legal.

É que a análise a respeito da licitude e da razoabilidade do emprego da autotutela poderá ser alvo do devido controle jurisdicional, conforme bem analisa GRINOVER, ao tratar da autotutela conferida pelos artigos 249 e 251 do Código Civil:

É preciso lembrar, ainda, que a utilização da autotutela corre por risco e conta do credor — assim como ocorre até mesmo com os provimentos antecipados

⁶³⁸ Anote-se que, no campo da responsabilidade civil negocial, a infração de deveres anexos ou instrumentais, tais como o da boa-fé, da cooperação e da adequada informação, já são considerados como geradores de danos extrapatrimoniais autônomos, vale dizer, independentemente do adimplemento da obrigação principal. Nesse sentido, já decidiu a 3ª Turma do STJ, em acórdão relatado pela Ministra Fátima Nancy Andrighi (REsp 595631, DJ 02/8/2004) : “Exemplo de dever anexo aplicável à espécie, o dever de cooperação traduz-se em obrigação das partes contratantes, que devem agir sempre no sentido de não impedir o efetivo cumprimento das obrigações contratuais. A assunção de que o princípio da boa-fé paira sobre as relações contratuais vigentes impõe a sua imperatividade, dando, conseqüentemente, em caso de inadimplemento, azo à reparação dos danos decorrentes, por configurar a inadimplência ilicitude originária do descumprimento dos deveres anexos”.

pelo juiz. A pedido do devedor, em ação própria indenizatória por perdas e danos, ou em outro tipo de demanda, conforme o caso (por exemplo, a nunciação de obra nova), o juiz aferirá não somente se no caso concreto efetivamente se caracterizou a *urgência*, mas ainda se a encomenda do fato ou a execução pelo próprio credor não representou custo excessivo, dentro dos princípios da *boa fé* e da *eticidade*, punindo o eventual *abuso do direito*.

Decorre logicamente do que se disse a afirmação de que os parágrafos únicos dos arts. 249 e 251 do CC não afrontam o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Como visto, sobra espaço para a autotutela, expressamente prevista em lei, nos sistemas jurídicos modernos. E, de qualquer modo, a via judicial fica aberta ao devedor que não se conforme com o exercício ou a forma da autotutela no caso concreto, garantido, assim, o acesso ao Judiciário assegurado pelo art. 5º, inc. XXXV da CF.

Do mesmo modo, decorre de tudo isso a afirmação de que os dispositivos mencionados não ferem o princípio do contraditório e da ampla defesa. Evidentemente, essas são garantias processuais que não se aplicam à autotutela. Mas trata-se somente de diferir o momento do contraditório e da ampla defesa para o eventual momento processual sucessivo, quando o devedor insatisfeito poderá ajuizar a ação própria, cercado de todas as garantias do devido processo legal.

Pode-se afirmar, assim, que a nova previsão de autotutela de que trata esse estudo representa uma modalidade congruente com as demais formas de autotutela autorizadas pela lei, que seus requisitos (explícito e implícitos) representam uma baliza segura e eficaz para a conduta do credor, que o exercício da autotutela corre por conta e risco de quem dela se utiliza e que o sistema abre ao devedor insatisfeito o acesso à justiça para a aferição dos pressupostos da autotutela, mediante as vias processuais próprias, podendo o credor ser condenado à reparação pelo abuso de direito eventualmente cometido. Em conclusão, a nova modalidade de autotutela não afronta o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e as garantias do devido processo legal, que ficam simplesmente diferidas para o eventual processo posterior, marcando a oportunidade sempre benfazeja de que as forças espontâneas do direito material se demonstrem suficientes para solucionar o conflito e para evitar o processo.⁶³⁹

Assim sendo, uma renovada visão do mecanismo da autotutela parece inserir-se perfeitamente no processo de refundamentação da responsabilidade civil, no intuito da concretização e não violação dos direitos.

⁶³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil). *Revista brasileira de direito constitucional – RBDC*, n. 10 – jul./dez. 2007, p. 18-19.

5.3.2 A imputação da responsabilidade civil objetiva e a redefinição do nexos causal como técnicas de tutela inibitória material

Os dois grandes modelos de imputação da responsabilidade civil, fundados na culpa ou no risco de algumas espécies de atividades, foram e ainda são nitidamente influenciados pelas concepções de Estado Liberal e de Estado Social.⁶⁴⁰

A gradativa migração, no sistema brasileiro, do regime de imputação subjetiva para o da imputação objetiva assenta-se exatamente em tal mutação política, na medida em que preconizou o constituinte nacional, dentre outros fundamentos da República, a cidadania (art. 1º, II) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), no intuito de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 2º, I), “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 2º, III) e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 2º, IV).

Usualmente, os ordenamentos jurídicos adotam como regra o regime da responsabilidade civil subjetiva, relegando o regime da responsabilidade objetiva apenas a específicas áreas nas quais se verifica a possibilidade de acidentes serem causados por atividades de risco, ainda que venham a ser exercidas com níveis razoáveis de cuidado.⁶⁴¹

Não obstante, nota-se uma visível tendência de objetivação da responsabilidade, não apenas tendo em conta o clássico parâmetro do risco da

⁶⁴⁰ Consoante Luciano Benetti TIMM, “A passagem de um sistema de responsabilidade civil baseado fundamentalmente na culpa para um sistema objetivado, baseado no risco econômico (pelo menos para alguns tipos de atividades sociais), não é fruto de uma mera alteração legislativa, uma mera importação de uma legislação estrangeira que funciona eventualmente melhor; ao contrário, isso revela uma opção do legislador, seja no Novo Código Civil, seja no Código de Defesa do Consumidor, por um modelo jurídico completamente diverso do liberal, que é chamado de “Direito Social” (próprio do *Welfare State*), fundado por Duguit, dentre outros, que propõe um modelo socialmente funcionalizado de direito privado. Esta “socialização das normas jurídicas impõe novas tarefas aos institutos jurídicos, como aos operadores do Direito”. Os grandes modelos de responsabilidade civil no direito privado: da culpa ao risco. *Doutrinas essenciais – Responsabilidade civil* (coord. NERY Jr, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade). vol. 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 300.

⁶⁴¹ Como salienta SHAVELL, no sistema anglo-americano, o uso da responsabilidade objetiva é restrita a danos causados por animais selvagens, certos tipos de danos devidos a incêndios e danos resultantes de atividades anormal ou excessivamente perigosas, tais como explosões ou depósito de líquidos inflamáveis ou transporte de materiais nucleares. Na Alemanha, tanto quanto similarmente na França, a responsabilidade sem culpa é atribuída a danos devidos a animais não domesticados, danos decorrentes do tráfego rodoviário, ferroviário e aéreo e do uso da eletricidade, do gás e de energia nuclear. SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge/London: The Belknap press of Harvard University press, 2004, p. 205.

atividade, mas também tendo como fundamento as hipóteses em que se procura tutelar o adimplemento das chamadas “obrigações de garantia” ou “obrigações de incolumidade”, com o intuito de se atender, fundamentalmente, à concretização do princípio de *neminem laedere*.⁶⁴²

As hipóteses de responsabilização objetiva no ordenamento brasileiro, se inicialmente poderiam ser qualificadas como excepcionais e eventuais, gradativamente foram ganhando espaço em importantes microssistemas (tais como o ambiental e das relações de consumo, sobretudo), sendo finalmente respaldadas no artigo 927, parágrafo único do Código Civil, no que diz respeito aos danos derivados de atividades de risco.⁶⁴³

A referida expansão do campo de incidência da responsabilidade civil objetiva tem sido concebida como método mais eficiente de viabilizar o ressarcimento para as vítimas, implementando um sistema de responsabilização mais adequado para atender a determinadas demandas sociais da vida contemporânea, na medida em que se revelaria mais solidário, compatibilizando-se melhor com as relações de massa.⁶⁴⁴

Dentre as vantagens da imputação da responsabilidade civil objetiva sobre a subjetiva, conforme destaca MORAES,

A primeira, já mencionada, é não impor à vítima uma prova diabólica (*rectius*, virtualmente impossível); depois, sem a exigência da prova da culpa, os

⁶⁴² Conforme destaca Fernando NORONHA, tais obrigações são excepcionais dentro da responsabilidade objetiva, dependendo de três condições: “primeiro, é necessário que se trate de danos à pessoa, e não materiais; segundo, é preciso que se trate de danos acontecidos nos exercício de atividade empresarial, ou, quando se trate de pessoa jurídica pública, no exercício do serviço público; terceiro, é necessário que tais danos sejam devidos a fatos que embora não possam ser considerados causados pelo responsável ou pela sua atividade, ainda guardam conexão com tal atividade profissional, podendo ser fatos de terceiro e excepcionalmente do próprio lesado, e até, mas só em hipóteses especialíssimas, casos fortuitos ou de força maior, em sentido estrito”, Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. *Doutrinas essenciais – Responsabilidade civil* (coord. NERY Jr, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade). vol. 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 180.

⁶⁴³ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único: haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. A ampliação do regime de imputação objetiva da responsabilidade civil, contudo, não importou no abandono do sistema da responsabilidade subjetiva, que continua sendo também efetiva fonte de imputação. O que se destaca, apenas, é o fato de o sistema de responsabilidade objetiva ser reconhecidamente considerado mais apropriado para a equitativa distribuição de riscos gerados pelo modo de ser da sociedade massificada. De toda forma, atualmente encontram-se prestigiados pelo código civil brasileiro ambas as formas de responsabilização.

⁶⁴⁴ Conforme SCHREIBER, Anderson, Arbitramento do dano moral no novo Código civil, *in Revista trimestral de direito civil*. v.12 (out./dez. 2002) Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 5.

processos tornam-se muito mais céleres e bem menos custosos; enfim, e mais importante, nas atividades perigosas, nas quais danos ocorrerão independentemente do grau de diligência do agente, o sistema da culpa mostra-se ineficaz porque, como demonstrou a análise econômica do direito, é incapaz de induzir no agente os níveis de atividade socialmente desejáveis. De fato, no sistema da culpa, a fim de elidir o pagamento de indenizações, basta ao agente atingir o nível de cuidado exigível, isto é, ser diligente. Se agir com diligência, não enfrentará o problema de ter que indenizar pelos danos que sua atividade causar (e se sabe que sua atividade, perigosa, causará danos de qualquer modo) de maneira que a regra da culpa não o incentivará a adotar o volume de atividades mais adequado, do ponto de vista da redução eficiente dos danos delas derivados. O sistema da responsabilidade da responsabilidade objetiva, ao contrário, forçará o agente a internalizar o custo de sua atividade: uma vez que, independentemente de seu maior ou menor cuidado, terá que pagar por todo dano causado, lhe convém, em seu próprio interesse, escolher o nível de atividades que acarreta a maior diferença entre a utilidade resultante da atividade e os danos por ela produzidos.⁶⁴⁵

Assim, a ideia de se estabelecer a responsabilização objetiva para reger o fundamento do dever de indenizar seria justificável preponderantemente sob a razão da necessidade da facilitação do acesso à justiça e, por conseguinte, da reparação integral dos danos sofridos pelas vítimas. Na medida da desnecessidade da demonstração da culpa ou do dolo do ofensor, mas tão somente do nexo causal e dos prejuízos havidos, a simplificação da tutela jurisdicional *curativa* das vítimas constituiria o fundamento necessário e suficiente para a aplicação do regime da objetivação da responsabilidade civil, normalmente fundado no risco da atividade econômica assumido por parte de alguns agentes, em hipóteses legalmente estabelecidas.⁶⁴⁶

Apontando a funcionalização viabilizada pela imputação objetiva da responsabilidade civil, no intuito de facilitação da indenização das vítimas mediante uma repartição ética, social e solidária dos custos dos danos, destaca MORAES:

Assim, o fundamento ético-jurídico da responsabilidade objetiva é idêntico, seja nas atividades ditas de risco, seja nas demais hipóteses ditas ‘sem culpa’, isto é, na imposição de responsabilidade civil ao amental, ao adolescente, ao pai, ao tutor, ao curador, ao dono de animal etc., pessoas as

⁶⁴⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. O direito & o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luis Edson (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 868-869.

⁶⁴⁶ Nesse sentido, a desnecessidade de se dispender recursos para a demonstração da culpabilidade do ofensor (o chamado “custo da informação”) é apontado, pela doutrina da análise econômica do direito, como um dos motivos justificadores da opção pelo regime da responsabilidade civil objetiva, conforme POSNER, Richard, *A economia da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 237-239.

quais o ordenamento jurídico não pressupõe que tenham agido ou deixado de agir, com culpa porque, justamente, prescinde desta noção (a autoria culposa) ao atribuir a eles a obrigação de indenizar. O fundamento ético-jurídico da responsabilidade objetiva é unitário e deve ser buscado na concepção solidarista de proteção dos direitos de qualquer pessoa injustamente lesada, fazendo-se incidir o seu custo na comunidade, isto é, em quem quer que com o ato danoso esteja vinculado. No fundo, no sistema solidarista, invertem-se os termos do problema e a responsabilidade subjetiva nada mais é do que uma outra hipótese de imputação de responsabilidade.⁶⁴⁷

Contudo, conforme se pretende demonstrar presentemente, a imputação objetiva da responsabilidade civil, antes e para além de constituir instrumento de facilitação para a indenização das vítimas (o que, de resto, parece inegável), merece ser destacada também por sua nem sempre percebida *função preventiva*, tanto no que diz respeito às práticas socialmente indesejadas, como dos possíveis prejuízos por elas causados.⁶⁴⁸

Trata-se de avaliar, nesse particular, o papel genuinamente *inibitório* desempenhado pela responsabilidade civil objetiva que, ao suprimir a análise da culpabilidade do infrator de certas condutas consideradas ilícitas, acaba por impor verdadeiro dever de abstenção, ou melhor, dever de proibição da prática do ilícito, reforçado pela perspectiva da indenização “sem culpa”, com notórios efeitos dissuasórios.

Os estudos empreendidos pela Análise Econômica do Direito já demonstraram que, ao menos no que diz respeito à necessidade da adoção de um nível eficiente de segurança por parte dos potenciais causadores de danos, a imputação da responsabilidade objetiva desempenha papel de relevância considerável no sentido de evitar a ocorrência de danos.⁶⁴⁹

A ótima prevenção dos acidentes, aliás, seria a grande razão encontrada pela doutrina da *Law and Economics* para justificar a implementação do regime da responsabilidade objetiva, consoante explica PÜSCHEL:

⁶⁴⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *O direito & o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luis Edson (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 868-869.

⁶⁴⁸ TIMM, Luciano Benetti. *Os grandes modelos de responsabilidade civil no direito privado: da culpa ao risco, Doutrinas essenciais – Responsabilidade civil* (coord. NERY Jr, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade). Vol. 01. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 308.

⁶⁴⁹ Conforme SCHÄFER, Hans-Bernd and MÜLLER-LANGER, Frank. Strict liability versus negligence. *Tort law and economics*. Faure, Michael (ed.). Cheltenham: Edward Elgar, 2009, p. 03-39. VELJANOVSKI, Cento. *Economic principles of law*. Cambridge: Cambridge press, 2007, p. 205-206.

Sendo assim, a responsabilidade civil objetiva - objeto deste trabalho -, ao atribuir ao sujeito que age o dever de reparar os danos decorrentes de sua ação, independentemente do grau de investimento que tenha feito para preveni-los, fornece incentivos para que o agente adote todos os cuidados para evitar prejuízos até o ponto em que o custo com segurança passe a superar o custo com a indenização dos danos, consistindo, portanto, em meio para a alocação eficiente de recursos, entendendo-se como eficiente a alocação de recursos que resulte na maximização de riquezas. Note-se que, uma vez que o nível eficiente de segurança não é necessariamente um nível total ou mesmo máximo de segurança, um sistema de responsabilidade civil objetiva voltado à eficiência econômica não pode ser compreendido propriamente como um sistema de proibição de causar danos: provocar danos é permitido (e até desejável em certas circunstâncias, do ponto de vista da maximização de riquezas), desde que seu causador os internalize, por meio da reparação à vítima. Isso não significa que a responsabilidade civil seja o único instrumento que pode ser empregado em políticas públicas para o fim de incentivar a adoção de um nível eficiente de segurança, mas significa que – conforme a análise econômica do direito - esta seria a razão de ser das normas de responsabilidade civil em geral e, portanto, também das regras de responsabilidade objetiva”.⁶⁵⁰

Muito embora os primeiros estudos sobre os efeitos das regras de responsabilidade civil sobre o comportamento dos indivíduos tenham sido efetuados pelos doutrinadores *da Law and Economics* (Calabresi, entre os anos 60 e 70, e Posner, no início dos anos 70), nenhum deles reconheceu, inicialmente, que tais regras poderiam, efetivamente, influenciar decisivamente potenciais ofensores a se comportar de modo a evitar ou minimizar os custos sociais dos danos decorrentes de suas atividades.

Tal conclusão só foi claramente expressada por Brown, em 1973, ao demonstrar que as regras de responsabilidade civil objetiva (*strict liability*) ou subjetiva (*negligence rule*) induziriam, de formas diversas, ofensores e ofendidos a buscar um ótimo equilíbrio de seus comportamentos, a fim de alcançar ótimos níveis de cuidado.⁶⁵¹

Afirmando a utilidade do regime objetivo de responsabilização no aumento dos níveis de cuidado observados socialmente, aduzem LANDES E POSNER que

Apesar da fórmula de Hand ser utilizada para definir culpa, isto é, o nível de cuidado que é inferior ao nível adequado, definido como o nível em que a redução esperada em danos equivale ao custo marginal das medidas de cuidado adicionais, ela também pode ser utilizada para examinar o nível de

⁶⁵⁰ PÜSCHEL, Flavia Portella. Responsabilidade civil objetiva : correção de trocas ineficientes ou repressão ao ilícito? Artigos (working papers) *DIREITO GV*. n. 46. São Paulo, mar. 2010, p. 03.

⁶⁵¹ SHAVELL, Steven. SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge/London: The Belknap press of Harvard University press, 2004, p. 192-193.

cuidado a ser tomado quando a norma for de responsabilidade objetiva. Alguém que esteja submetido à responsabilidade objetiva terá incentivo para tomar cuidado adequado segundo a fórmula de Hand, de modo a minimizar sua responsabilidade.⁶⁵²

Contudo, em que pese se reconhecer que, sob a perspectiva econômica, a técnica de imputação objetiva da responsabilidade visa implementar incentivos para a adoção de maiores cuidados por parte do possível agressor dos direitos, não se pode concordar seja referida técnica compreendida como mero instrumento de eficiência econômica, destinado a internalizar externalidades decorrentes de altos custos de transação social.

A bem da verdade, a mais relevante função da responsabilidade objetiva diz respeito à sua vocação de intentar impedir a prática de ilícitos, sobretudo daqueles potencialmente geradores de danos irreversíveis a direitos essenciais.

Nesse passo, ainda que a imputação objetiva prevista pela norma possa não ser compreendida como a *mais eficiente economicamente* (pense-se, por exemplo, em uma regra de imputação objetiva incidente sobre atividades consideradas altamente relevantes para a sociedade e que acabe, por força do repasse dos custos empresariais gerados, acarretando uma majoração dos preços aos consumidores)⁶⁵³, a proteção preventiva gerada, pelo aumento dos níveis de cuidado, acaba sendo justificada por razões evidentemente não econômicas, mas relacionadas ao máximo valor de preservação da vida ou da própria dignidade da pessoa humana.⁶⁵⁴

⁶⁵² LANDES, William M. e POSNER, Richard. Nexos de causalidade e responsabilidade civil: uma abordagem econômica. *Direito e Economia* (coord. SALAMA, Bruno). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 120. Em idêntico sentido, POLINSKI, A. Mitchell. *An introduction to law and economics*. 3ª ed. New York: Apen Publishers, 2003, p. 110: “A responsabilidade objetiva pode induzir empresas a ter um eficiente nível de cuidado e podem induzir os consumidores a adquirir uma eficiente quantidade do produto”. Tradução livre. “*Strict liability can induce firms to take the efficient amount of care and can induce consumers to purchase the efficient amount of the product*”.

⁶⁵³ Como afirma PEREIRA e GALESKI Jr.: “No contrato de consumo, a responsabilização objetiva deve funcionar como mecanismo de desestímulo à colocação no mercado de bens ou serviços que possam provocar danos aos consumidores, numa tentativa de preservação de seu direito à saúde e à vida. (...) Se forem tomadas as medidas preventivas, prevalecerá a perspectiva de maximização do bem-estar social com base na equalização das externalidades do contrato”. PEREIRA, Marcia Carla Pereira e GALESKI Jr., Irineu. Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 202.

⁶⁵⁴ Em apurado estudo sobre a análise econômica da responsabilidade civil objetiva, Flavia PÜSCHEL, após demonstrar que tal sistema de responsabilidade automática tem por pressuposto a prática de atos ilícitos, conclui: “O direito brasileiro optou por defender o *status quo*, no que se refere à responsabilidade objetiva: não é permitido privar alguém de seus bens, ainda que isso resulte em maximização de riquezas. Diante disso, como já havíamos adiantado, é preciso reconhecer que não é adequado descrever a responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro como simples instrumento

Nesse sentido, remetendo-se às hipóteses previstas nos arts. 932 e 933 do Código Civil brasileiro,⁶⁵⁵ a imputação objetiva da responsabilidade civil pelo fato de outrem ou responsabilidade por fato próprio omissivo representa bom exemplo de como o legislador vem buscando a maximização de certos deveres de cuidado nas relações privadas⁶⁵⁶, independentemente de tal escolha representar maior ou menor eficiência econômica.

A partir de tal constatação, parece possível afirmar que a imputação objetiva da responsabilidade, na medida em que fomenta a adoção de maiores e melhores diligências acauteladoras contra danos ou potenciais danos ligados a direitos essenciais, acaba por instrumentalizar uma genuína *tutela inibitória material*, e não apenas uma facilitação de indenizabilidade, como se imagina comumente.

Sobre o papel preventivo da responsabilidade civil objetiva, assevera TUNC:

da eficiência econômica. Com isso não se pretende negar que a responsabilidade civil objetiva possa ter de fato os efeitos que lhe atribui a análise econômica do direito no que se refere aos incentivos para que potenciais causadores de danos invistam em segurança em nível eficiente. No entanto, não é possível dissociar a responsabilidade objetiva da repressão à prática de ilícitos e, no direito brasileiro, isso significa a possibilidade de prevalecer a solução economicamente menos eficiente. Sem dúvida, pode-se discutir se esta é uma boa política pública ou não, mas isso já é outra questão”. PÜSCHEL, Flavia Portella. Responsabilidade civil objetiva: correção de trocas ineficientes ou repressão ao ilícito? Artigos (working papers) *DIREITO GV*. n. 46. São Paulo: mar. 2010, p. 14.

⁶⁵⁵ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

⁶⁵⁶ Destaque-se, dentre as hipóteses descritas no referido art. 932, a responsabilidade objetiva dos hotéis ou das escolas por eventuais danos sofridos pelos seus contratantes, quando sob seus cuidados. Apesar de tais casos, no mais das vezes, serem regulados no âmbito das relações de consumo (art. 14 da Lei nº 8.078/90, que também prevê a responsabilidade objetiva), ainda que a relação venha a ser considerada civil incide a imputação objetiva, pela qual se intenta a máxima proteção preventiva, relacionada à adoção dos deveres de cuidado, conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ACIDENTE OCORRIDO COM ALUNO DURANTE EXCURSÃO ORGANIZADA PELO COLÉGIO. EXISTÊNCIA DE DEFEITO. FATO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AUSÊNCIA DE EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE. 1. É incontroverso no caso que o serviço prestado pela instituição de ensino foi defeituoso, tendo em vista que o passeio ao parque, que se relacionava à atividade acadêmica a cargo do colégio, foi realizado sem a previsão de um corpo de funcionários compatível com o número de alunos que participava da atividade. 2. O Tribunal de origem, a pretexto de justificar a aplicação do art. 14 do CDC, impôs a necessidade de comprovação de culpa da escola, violando o dispositivo ao qual pretendia dar vigência, que prevê a responsabilidade objetiva da escola. 3. Na relação de consumo, existindo caso fortuito interno, ocorrido no momento da realização do serviço, como na hipótese em apreço, permanece a responsabilidade do fornecedor, pois, tendo o fato relação com os próprios riscos da atividade, não ocorre o rompimento do nexo causal. 4. Os estabelecimentos de ensino têm dever de segurança em relação ao aluno no período em que estiverem sob sua vigilância e autoridade, dever este do qual deriva a responsabilidade pelos danos ocorridos”, REsp 762.075/DF, Quarta Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 16/06/2009, DJe 29/06/2009.

Uma responsabilidade de pleno direito, mais ou menos absoluta, pode desempenhar um papel poderoso de prevenção. O princípio é tradicionalmente suscitado no âmbito das forças armadas. A responsabilidade automática é um meio não somente de evitar discussões por vezes longas e custosas, mas de atribuir a qualquer um o interesse de fazer todo o seu possível para evitar os danos. Uma tal política seria brutal e não teria provavelmente nenhum efeito se se a aplicasse sobre os indivíduos. Ela é, ao revés, aconselhável no que concerne aos fabricantes de produtos destinados ao público, às grandes empresas e mesmo às pessoas que criam riscos ao público, tais como os proprietários de embarcações. Tais pessoas ou empresas possuem normalmente a capacidade de suportar os prejuízos, seja diretamente, seja pelo seguro de responsabilidade. Uma responsabilidade automática é um meio poderoso de lhes exigir atenção e qualidade, mesmo em caso de seguro, na medida em que a seguradora fará ela mesma pressão para obter uma maior diligência.⁶⁵⁷

Todavia, há ainda mais por detrás da imputação objetiva da responsabilidade civil.

Em determinadas hipóteses, para além da tentativa de aumentar os níveis de cuidado no seio social, regras de responsabilidade civil objetiva revelam, simplesmente, a intenção via política legislativa de estabelecer verdadeiras proibições da prática de certos comportamentos ou omissões, avaliadas como insuportáveis pelo sistema jurídico.

Tal é o que acontece, por exemplo, com a imputação objetiva descrita no âmbito das políticas ambientais, quando, a título de se tutelar a incolumidade do meio ambiente, estabelece-se referido regime tomando-se em conta o desejo do legislador em simplesmente evitar “a qualquer custo” práticas potencialmente geradoras de graves e irremediáveis danos a interesses ou direitos essenciais.⁶⁵⁸

⁶⁵⁷ TUNC, Andre. *La responsabilité civile*. 2^a ed. Paris: Economica, 1989, p. 139, tradução livre. “Une responsabilité de plein droit, plus ou moins absolue, peut jouer un rôle puissant de prévention. Le principe est traditionnellement mis en oeuvre dans les armées. La responsabilité automatique est un moyen, non seulement d’éviter des discussions parfois longues et coûteuses, mais de donner à quelqu’un intérêt à faire tout son possible pour éviter les dommages. Une telle politique serait brutale et n’aurait probablement aucun effet utile si on l’appliquait à des individus. Elle est en revanche concevable en ce que concerne les fabricants de produits destinés au public, les grandes entreprises, et même les personnes qui créent des risques pour public, tels les propriétaires de bâtiments. De telles personnes ou entreprises ont normalement la capacité de supporter les dommages soit directement, soit par l’assurance de responsabilité. Une responsabilité automatique est un moyen puissant de leur demander attention et qualité, même en cas d’assurance, car l’assureur lui-même fera peut-être pression pour obtenir une plus grande diligence.”

⁶⁵⁸ Conforme Flavia Portela PÜSCHEL, “a responsabilidade civil objetiva como a encontramos hoje é fundamentalmente um instrumento de proibição de certas condutas, de modo que é inadequado descrevê-la como meio de correção de trocas ineficientes, ou como instrumento de qualquer outra política pública que não inclua a repressão ao ilícito”. PÜSCHEL, Flavia Portella. Responsabilidade civil objetiva: correção de trocas ineficientes ou repressão ao ilícito? Artigos (working papers) *DIREITO GV*. n. 46. São Paulo: 2010, p. 04.

Ainda que essa espécie de regulação estatal proibitiva, em casos como o acima mencionado, seja criticável sob o ponto de vista do chamado “risco do desenvolvimento”, mesmo assim parece ser imprescindível para a afirmação de importantes políticas públicas e, como ora se sustenta, para viabilizar a implementação da responsabilidade civil preventiva.

A partir de tais premissas, considerando-se que a previsão da incidência do regime objetivo de responsabilidade civil possui destacada função inibitória, sua implementação deveria ser estendida, sobretudo, para a especial proteção dos direitos fundamentais, tais como os inerentes aos direitos de personalidade e aos direitos ou interesses de índole transindividual, assim considerados os difusos e coletivos, como destaca VENTURI:

A adoção de uma sistemática geral de reparação aos danos provocados aos direitos difusos e coletivos, baseada em uma responsabilidade de pleno direito, mais do que aspiração doutrinária, corresponde à necessidade premente da sociedade de nossos dias, ávida pela efetividade da tutela jurisdicional. Mais do que isto, a própria evolução operada em nosso ordenamento jurídico em nível da proteção dos direitos transindividuais, com a incrementação de exuberante sistema de ações coletivas, requer uma respectiva evolução sob o ponto de vista do direito material, de modo a definir inequivocamente os parâmetros nos quais devem pautar-se os julgadores quando da análise “dano/agente/nexo causal”. (...) A cada dia torna-se mais evidente, sobretudo no concernente ao regime da responsabilidade civil por danos a direitos metaindividuais, a dissonância entre a dogmática e a pragmática, sendo vocação inequívoca da doutrina a extensão àqueles danos do regime hoje assente em matéria de direito ambiental e dos consumidores.⁶⁵⁹

Interessa destacar, nesse ponto, que no sistema jurídico brasileiro uma tal extensão pode ser sustentada não apenas como argumento de *lege ferenda*, mas também de *lege lata*, a partir da regra geral de responsabilidade civil objetiva, disposta no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.⁶⁶⁰

Vale dizer, já está nas mãos da doutrina e, sobretudo, dos tribunais nacionais, relevante e poderoso papel de construção de regimes de responsabilidade civil objetiva específicos, relacionados às hipóteses em que determinadas atividades,

⁶⁵⁹ VENTURI, Elton. Responsabilidade civil por danos causados aos direitos difusos e coletivos. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 15. São Paulo. Revista dos Tribunais, jul/1995, p. 93-95.

⁶⁶⁰ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

habitualmente exercitadas por alguém, possam ser consideradas propiciadoras de riscos de danos. Tal autorização legislativa, a ser gradativa e cuidadosamente explorada, abre enormes e auspiciosas oportunidades de evolução do sistema de tutela dos direitos, em especial, dos direitos fundamentais, individuais e transindividuais.⁶⁶¹

Sobre os possíveis critérios utilizáveis pela jurisprudência, no intuito de concretizar os objetivos da imputação objetiva da responsabilidade civil a partir da cláusula geral descrita no parágrafo único do art. 927 do Código Civil brasileiro, conclui PÜSCHEL:

Percebe-se que a norma geral de responsabilidade objetiva do art. 927, parágrafo único, do CC está ainda em grande medida por fazer. O legislador fixou alguns parâmetros para a imputação dessa responsabilidade, mas bastante amplos e vagos. A imputação de responsabilidade a uma pessoa, constituindo uma opção dentre várias alternativas possíveis, possui um caráter político intrínseco. Muitas vezes as opções são feitas bastante claramente pelo legislador. Não é o caso do art. 927, parágrafo único, do CC. Caberá ao Poder Judiciário, portanto, a realização dessa opção, ao definir o que, de fato, se deve considerar como atividade naturalmente perigosa de modo a imputar responsabilidade ao sujeito que normalmente a exerça. A aplicação dos princípios justificadores da responsabilidade objetiva, à luz das funções da responsabilidade civil e de sua inserção no âmbito mais amplo da regulação dos danos acidentais, pode ser um bom guia para a realização desta tarefa. Embora seja ainda difícil prever a extensão que a jurisprudência dará à norma do art. 927, parágrafo único, do CC, é possível imaginar que, não havendo em prática outros meios eficazes para buscar a indenização, a prevenção e a distribuição de prejuízos acidentais na sociedade, a jurisprudência seja levada a assumir em grande parte o papel de definir uma política para tratamento dos danos acidentais em geral, por meio do

⁶⁶¹ O Superior Tribunal de Justiça, com base na interpretação do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, já estabeleceu a imputação objetiva da responsabilidade na hipótese de danos decorrentes de acidentes de trabalho: “O art. 7º da CF se limita a assegurar garantias mínimas ao trabalhador, o que não obsta a instituição de novos direitos – ou a melhoria daqueles já existentes – pelo legislador ordinário, com base em um juízo de oportunidade, objetivando a manutenção da eficácia social da norma através do tempo. A remissão feita pelo art. 7º, XXVIII, da CF, à culpa ou dolo do empregador como requisito para sua responsabilização por acidentes do trabalho, não pode ser encarada como uma regra intransponível, já que o próprio caput do artigo confere elementos para criação e alteração dos direitos inseridos naquela norma, objetivando a melhoria da condição social do trabalhador. Admitida a possibilidade de ampliação dos direitos contidos no art. 7º da CF, é possível estender o alcance do art. 927, parágrafo único, do CC/02 – que prevê a responsabilidade objetiva quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para terceiros – aos acidentes de trabalho. A natureza da atividade é que irá determinar sua maior propensão à ocorrência de acidentes. O risco que dá margem à responsabilidade objetiva não é aquele habitual, inerente a qualquer atividade. Exige-se a exposição a um risco excepcional, próprio de atividades com elevado potencial ofensivo”, REsp 1067738/GO, Terceira Turma, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, julgado em 26/05/2009, DJe 25/06/2009.

instrumento que lhe concedeu o legislador: a amplitude do parágrafo único do art. 927 do CC.⁶⁶²

Por outro lado, para além do mecanismo da imputação objetiva da responsabilidade civil, outra técnica ainda pode lhe ser atrelada para, a um só tempo, facilitar a indenizabilidade das vítimas e, antes disso, criar um ambiente preventivo, com o aumento dos cuidados relativos à prática da ilicitude e a eventual e consequente produção de danos.

Trata-se do chamado “agravamento da causalidade” ou da “responsabilidade civil objetiva agravada”, vale dizer, a verificação da presença do nexo causal por via de presunções segundo as quais “podem ser consideradas causas do evento aqueles antecedentes que criaram o risco ou aqueles que aumentaram o risco já existente. É necessário que haja a criação do perigo e a realização do risco”.⁶⁶³

Analisando precisamente a hipótese ora destacada, VINEY aponta que, ao lado da equiparação da criação de um sério risco de dano a um dano ressarcível, também a presunção de causalidade constitui relevante técnica preventiva:

Da mesma forma, para servir ao objetivo de prevenção, parece atualmente legítimo assimilar a um dano reparável uma séria ameaça de dano. A jurisprudência já está engajada nessa visão e é desejável que ela o faça cada vez mais francamente. A mesma constatação concerne igualmente à causalidade que, em caso de risco, é atualmente correntemente presumida.⁶⁶⁴

Muito embora um tal agravamento ou presunção da causalidade no âmbito da responsabilidade civil não esteja expressamente previsto na legislação brasileira, ele existe, por exemplo, no âmbito do art. 735 do Código Civil, segundo o qual “A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”. Como explica NORONHA, em hipóteses como a referida,

⁶⁶² PÜSCHEL, Flavia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil. Artigos (working papers) *DIREITO GV*. n. 1, vol. 01. São Paulo: maio 2005, p. 100-101.

⁶⁶³ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 135.

⁶⁶⁴ VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: Introduction à la responsabilité*. 3^a ed. Paris: L.G.D.J., 2007, p. 157. Tradução livre. “De même, pour servir l’objectif de prévention, il paraît aujourd’hui légitime d’assimiler à un dommage réparable une menace sérieuse de dommage. La jurisprudence s’est d’ailleurs déjà engagée dans cette voie et il est souhaitable qu’elle le fasse de plus en plus franchement. La même constatation concerne également la causalité qui, en cas de danger, est aujourd’hui coramment présumée.”

Na responsabilidade objetiva agravada a pessoa responde por danos apenas *conexos* com a sua atividade. Mas estes ainda são casos de responsabilidade pelo risco; ainda se pode dizer que o dano causado não é estranho ao risco criado pela atividade do responsável e que, por isso, deve entrar no cômputo dos lucros e das perdas dela resultantes.”⁶⁶⁵

Mesmo para a doutrina da Análise Econômica do Direito, a objetivação da responsabilidade civil incidiria determinantemente sobre o próprio o nexo causal, na medida em que a racionalidade para se aferir o vínculo entre a ação ou omissão e o dano (ou o risco de dano) estaria embasada em um cálculo de probabilidades a respeito da possibilidade de o responsável evitar ou ter evitado o dano a menor custo, como explica GAROUPA:

Finalmente, o nexo de causalidade é um elemento importante na determinação da responsabilidade civil. Na visão tradicional, importa determinar até que ponto o comportamento de uma agente é causa próxima do acidente, isto é, se o dano não teria ocorrido se tivesse sido outro o comportamento do causador. Na visão econômica, o nexo de causalidade é visto como um cálculo de probabilidades que limita o conjunto de agentes que podem ser responsabilizados por determinado acidente (*scope of liability*). Mais importante que a causalidade próxima é a capacidade de evitar o acidente ao menor custo. O agente que tem a capacidade de evitar o acidente ao menor custo não é necessariamente aquele que satisfaz o teste da causalidade mais próxima. Por exemplo, no contexto da manufatura de

⁶⁶⁵ NORONHA, Fernando. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. *Doutrinas essenciais – Responsabilidade civil* (coord. NERY Jr, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade). vol. 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 565. A jurisprudência nacional já acena no sentido da aplicação desse mecanismo de aferição diferenciada do nexo causal, derivada do referido dispositivo do Código Civil brasileiro, conforme se constata de recente aresto do STJ: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE DE PESSOAS. CASO FORTUITO. CULPA DE TERCEIRO. LIMITES. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. 1. A cláusula de incolumidade é ínsita ao contrato de transporte, implicando obrigação de resultado do transportador, consistente em levar o passageiro com conforto e segurança ao seu destino, excepcionando-se esse dever apenas nos casos em que ficar configurada alguma causa excludente da responsabilidade civil, notadamente o caso fortuito, a força maior ou a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. 2. O fato de um terceiro ser o causador do dano, por si só, não configura motivo suficiente para elidir a responsabilidade do transportador, sendo imprescindível aferir se a conduta danosa pode ser considerada independente (equiparando-se a caso fortuito externo) ou se é conexa à própria atividade econômica e aos riscos inerentes à sua exploração. 3. A culpa de terceiro somente romperá o nexo causal entre o dano e a conduta do transportador quando o modo de agir daquele puder ser equiparado a caso fortuito, isto é, quando for imprevisível e autônomo, sem origem ou relação com o comportamento da própria empresa. 4. Na hipótese em que o comportamento do preposto da transportadora é determinante para o acidente, havendo clara participação sua na cadeia de acontecimentos que leva à morte da vítima - disparos de arma de fogo efetuados logo após os passageiros apartarem briga entre o cobrador e o atirador -, o evento não pode ser equiparado a caso fortuito”, Resp nº 1136885/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 28/02/2012, DJe 07/03/2012.

brinquedos, a fábrica, e não o consumidor, é provavelmente o agente económico que pode evitar o acidente ao menor custo.⁶⁶⁶

Seja como for, parece certo que a imputação objetiva da responsabilidade, viabilizada também por meio da redefinição da aferição (presumida) do nexo de causalidade gerado a partir da ação ou da omissão do agente considerado responsável, constitui relevante mecanismo capaz de instrumentalizar adequadamente tanto a tradicional responsabilidade repressiva (facilitando a reparação de toda ordem de danos suportados pelas vítimas), como a preventiva.

No que diz respeito à responsabilidade civil preventiva, a imputação objetiva propicia aparentemente maior efeito dissuasório geral (já por via da chamada “função normativa” da responsabilidade), para além de identificar e individualizar o responsável pela não violação dos direitos, a quem se pode imputar, aprioristicamente, a observância de deveres de prevenção e de precaução.

Trata-se, pois, de enxergar como a conjunção das tutelas inibitórias material e processual permite a mais adequada proteção contra a violação dos direitos, seja a partir do efeito dissuasório emanado da mera previsão normativa do possível sancionamento punitivo em caso de inobservância dos deveres de prevenção e precaução (adiante verificado), seja por via da atuação da tutela jurisdicional preventiva, acaso ainda necessária.

5.3.3 Instrumentos sancionatórios: as multas civis, o agravamento das reparações e a função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil

5.3.3.1 A concepção de sanção. Mecanismos sancionatórios e sanção em sentido estrito

A sanção constitui elemento basilar na estrutura de qualquer sistema jurídico, esteja ele fundado em um ordenamento protetivo-repressivo ou em um ordenamento promocional. Seja para tentar evitar ou repreender a prática de condutas

⁶⁶⁶ GAROUPA, Nuno. *Combinar a Economia e o Direito. A análise econômica do direito*. Disponível no endereço <http://cepejus.libertar.org/index.php/systemas/article/view/11/0>. Acessado em 05/04/2012.

indesejáveis, seja para tentar incentivar a prática de condutas desejáveis, a sanção se revela imprescindível como verdadeiro instrumento de regulação social.⁶⁶⁷

Por via de uma concepção lata, a sanção pode ser compreendida como “toda consequência que se agrega, intencionalmente, a uma norma, visando ao seu cumprimento obrigatório”,⁶⁶⁸ implementada por medidas estabelecidas pelo ordenamento no intuito de impor a observância das normas.

Percebe-se que a concepção genérica de sanção não se coaduna exatamente com aquela perspectiva tradicional ligada à ideia de “realização compulsória de um mal”,⁶⁶⁹ normativamente prevista quando da violação de uma norma, qual seja, um ato coercitivo imposto normativamente em decorrência do exercício de uma conduta oposta àquela prescrita na norma,⁶⁷⁰ sendo “sempre uma consequência desfavorável que atinge aquele que violou uma regra.”⁶⁷¹

A concepção de sanção, portanto, revela-se muito mais ampla do que um mero mecanismo repressor, visando assegurar o cumprimento das regras jurídicas por meio de medidas que podem ser preventivas, repressivas ou premiais, contando ou não com a participação e a execução dos obrigados.⁶⁷²

Nesse sentido, são diversas tanto as funcionalidades como os meios de atuação da sanção predispostos à realização dos objetivos de encorajamento ou de desencorajamento desejados pelo ordenamento jurídico, conforme destaca BOBBIO:

Em relação a um sistema normativo, os atos humanos podem distinguir-se em atos conformes e atos desviantes. Pois bem, em relação aos atos conformes, a técnica do desencorajamento visa proteger o seu exercício, tutelando a possibilidade de fazer ou não fazer, caso se trate de atos permitidos, a possibilidade de fazer, caso se trate de obrigatórios, e a possibilidade de não

⁶⁶⁷ Conforme A. Castanheira NEVES, “O direito não pode bastar-se como uma validade simplesmente normativa, exige simultaneamente uma validade fáctica, - pelo que à sua função imediatamente prescritiva, enquanto princípio de acção, acresce na verdade a função sancionatória, enquanto critério de sanção”. *Curso de Introdução ao estudo do direito*, Coimbra: 1976, p. 22.

⁶⁶⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 260.

⁶⁶⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p.121. Ressalta-se que sanção e pena afeiçoam-se conceitos inconfundíveis que, todavia, relacionam-se, na medida em que o primeiro (sanção) possui um carácter mais amplo, podendo ser considerado gênero do qual o segundo (pena) seria uma espécie.

⁶⁷⁰ KELSEN, Hans, *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p.136. Afirma o autor: “Sanção é ato coercitivo que uma norma liga a uma determinada conduta cuja conduta oposta é, desse modo, juridicamente prescrita, constituindo conteúdo de um dever jurídico. Também pode exprimir-se isto dizendo: a sanção é o ato coercitivo que constitui o dever jurídico.”

⁶⁷¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 49.

⁶⁷² REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 673.

fazer, caso se trate de atos proibidos. Em relação aos atos desviantes, a técnica do desencorajamento tem por alvo, atribuindo-lhes determinadas conseqüências, apenas os atos desviantes por defeito, os atos propriamente não-conformes, e limita-se a tolerar – não lhes atribuindo qualquer efeito jurídico – os atos desviantes por excesso, isto é, os atos superconformes (as chamadas ações super-rogatórias).⁶⁷³

A partir disso, é possível concluir que a sanção nem sempre deve ser considerada como um mecanismo que incide somente *a posteriori* para repreender as condutas vedadas, podendo, muitas vezes, incidir *a priori* (preventivamente). Ainda, “não consiste necessariamente na ‘realização compulsória de um mal’, eis que pode apresentar sob a forma de um prêmio (concessão de um bem) a quem observa voluntariamente determinada norma jurídica; e, como conseqüência dos traços anteriores, não é necessariamente reação a um ato ilícito, embora tenha em mira sempre a observância de normas jurídicas”.⁶⁷⁴

Se por um lado a concepção de sanção em sentido lato comporta diversos significados, é importante distinguir os comandos sancionatórios da forma como eles se instrumentalizam, o que suscita a análise dos chamados *mecanismos sancionatórios*.

É por via dos mecanismos sancionatórios que a sanção atua, vale dizer, resta operacionalizada concretamente. Daí a grande relevância de sua compreensão, inclusive para o desenvolvimento da análise das multas civis.

Para instrumentalizar a incidência dos comandos sancionatórios, os mecanismos podem se voltar à pura e direta sujeição dos destinatários ou, por outro lado, à sua indução no sentido da observância dos comportamentos desejados pelo ordenamento.

Observando a forma de atuação dos mecanismos sancionatórios sobre o destinatário da norma, BOBBIO classifica-os em *diretos* ou *indiretos*:

Para atingir o próprio fim, um ordenamento repressivo efetua operações de três tipos e graus, uma vez que existem três modos típicos de impedir uma ação não desejada: torná-la impossível, torná-la difícil e torná-la desvantajosa. (...) O primeiro tipo de operação, que consiste em fazer, sim, com que o destinatário da norma seja colocado em condição de não poder (materialmente) violá-la ou subtrair-se à sua execução, insere-se no rol das medidas diretas, isto é, as que o ordenamento adota para obter conformidade às normas, impedindo preventivamente a sua violação o compelindo a sua execução. São medidas diretas as várias formas de vigilância (que pode ser

⁶⁷³ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Barueri/SP: Editora Manole. 2007, p. 14.

⁶⁷⁴ TALAMINI, Eduardo. *Tutelas relativas aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.169.

passiva ou ativa) e o recurso do uso da força (que pode ser impeditiva ou constritiva). Distinguem-se das medidas diretas as operações de segundo e do terceiros tipos, porque visam atingir o objetivo (tanto aquele próprio da função repressiva quanto aquele próprio da função promocional) não agindo diretamente sobre o comportamento não desejado ou desejado, mas buscando influenciar por meios psíquicos o agente do qual se deseja ou não um determinado comportamento. Podem ser denominadas medidas indiretas. São indiretas porque o comportamento não desejado é, contudo, sempre possível, mas deve tornar-se mais difícil ou mais fácil, ou então, uma vez realizado, produz certas conseqüências, desagradáveis ou agradáveis, segundo o caso.⁶⁷⁵

No que interessa mais de perto ao objeto específico da análise das multas civis, é importante destacar os mecanismos sancionatórios indiretos e indutivos, pelos quais o ordenamento intenta influenciar a adoção de condutas desejadas.

Isso porque, conforme as premissas supra-aduzidas, o mecanismo das multas pode ser compreendido como um instrumento sancionatório indireto, na medida em que objetiva a indução de comportamentos, imprimindo uma prévia advertência concreta de desvantagem na hipótese de descumprimento, influenciando o agir do destinatário da sanção.

Para além de constituir mecanismo sancionatório, é preciso também reconhecer que as multas assumem diversificadas *funções*, o que suscita sua análise sob a perspectiva da sanção em *sentido estrito*.

Os *comandos sancionatórios* podem se distinguir pelo momento e pela função que desempenham, assumindo finalidades distintas: preventiva, simultânea ou sucessiva.⁶⁷⁶

As *sanções preventivas* se caracterizam por se realizarem antes que se desenvolva o comportamento do sujeito sancionado, não sendo a transgressão seu pressuposto de incidência. Ao contrário, voltam-se à prevenção do ilícito, evitando a sua violação, ou incentivam o sancionado a optar pela conduta mais adequada para o ordenamento entre as várias alternativas juridicamente autorizadas.⁶⁷⁷

Afirma DIAS, acerca das sanções preventivas, que “elas são o meio de que se vale o legislador para assegurar o respeito à norma que se empenha em fazer

⁶⁷⁵ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Barueri/SP: Manole, 2007, p. 15-16.

⁶⁷⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 50.

⁶⁷⁷ “As sanções preventivas subdividem-se, em virtude dos mecanismos através dos quais atuam e dos seus objetivos específicos, em providências de i) controle, ii) encorajamento, iii) intimidação e de iv) preclusão”. TALAMINI, Eduardo. *Tutelas relativas aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.175-176.

valer. É por isso que se consideram acessórios dessa norma, porque nada vale a regra despojada de sanção. Desta é inseparável, portanto, a ideia de prevenção, porque representa o esforço do legislador no sentido de evitar, de prevenir a infração".⁶⁷⁸

Posicionando-se na fronteira entre as sanções preventivas e as sucessivas encontram-se as *sanções simultâneas*, que se efetivam por meio de "medidas subrogatórias em sentido estrito (a prática, por outrem, do ato devido e omitido pelo sancionado, no exato instante em que tal ato deveria ocorrer – ex: acionamento de linha de satélite para transmissão de evento ao vivo) ou na forma de medidas repressivas diretas, mediante impedimento físico de que o sujeito faça aquilo que não pode fazer (...)." ⁶⁷⁹

Dá-se o nome de *sanções sucessivas* àquelas que ocorrem depois de ocorrida a conduta, estando esta em conformidade ou não com a norma jurídica. Podem se classificar em reparatórias, com o objetivo de eliminar ou atenuar a transgressão e retributivas, que visam retribuir, seja por meio de um prêmio ou de um castigo, o comportamento de atender ou não o preceito contido na norma jurídica.⁶⁸⁰

Inserida no grupo das sanções retributivas, a *sanção premial* ou *positiva* consiste em um benefício para quem cumpre o comando contido em determinada norma, por meio da atribuição de um bem, privação de um mal ou isenção de um encargo. Isto é, a concessão de um prêmio tem o condão de aprovação daquela conduta.⁶⁸¹

A *sanção punitiva*, subespécie de *sanção retributiva*, também denominada de "pena", constitui a imposição de uma desvantagem para o agente violador da norma, que consiste numa sanção imposta de maneira a representar simultaneamente um sofrimento e uma reprovação para o infrator. Já não interessa reconstituir a situação

⁶⁷⁸ DIAS, Jose de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11 ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002 e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 119-120.

⁶⁷⁹ TALAMINI, Eduardo. *Tutelas relativas aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 178.

⁶⁸⁰ TALAMINI, Eduardo. *Tutelas relativas aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 179.

⁶⁸¹ TALAMINI, Eduardo. *Tutelas relativas aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 179.

que existiria se o fato se não tivesse verificado, mas aplicar um castigo ao violador.⁶⁸²

Apesar de a expressão "pena" ser comumente utilizada na esfera criminal, como consequência da conduta tipificada como crime, a sanção punitiva também é aplicada em âmbito civil.⁶⁸³ Como afirma ASCENSÃO, "Há verdadeiras penas civis, sanções previstas fora do direito criminal ou até independentemente da prática de qualquer ato criminoso."⁶⁸⁴

O critério unificador de todas as punições, seja da punição civil ou criminal, é seu caráter aflitivo: "pune-se como reprovação pelo ilícito, e não com o escopo primordial de obter situação equivalente a que existiria se não houvesse a violação."⁶⁸⁵

Ainda dentro do rol das sanções sucessivas pode-se aludir às *sanções reparatorias*, que possuem caráter restituitório, dividindo-se em sanções *restitutórias lato sensu* e *ressarcitórias*.

A sanção restituitória *lato sensu* visa à devolução de algo ao seu estado anterior, como se a violação da norma não tivesse ocorrido ou, quando menos, procura chegar o mais próximo possível do estado original conforme se extrai do significado de *rectius*: "Assim, a restituição abrange: i) a obtenção tardia da conduta ativa devida ou ii) dos resultados que com ela se teria - quando isso ainda for possível e revestido de interesse para o titular do direito; iii) a cessação da conduta ativa indevida de caráter continuado (inclusive mediante medidas repressivas

⁶⁸² ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 57.

⁶⁸³ Pode-se ainda afirmar a existência de outras esferas onde se aplicam as sanções punitivas, como as punições administrativas e as penas fiscais, por exemplo. TALAMINI, Eduardo. *Tutelas relativas aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 p. 180.

⁶⁸⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 57-58. O autor dá o seguinte exemplo: "Suponhamos que Artur, com o fim de vir a beneficiar da sucessão de outrem, engana o autor da sucessão e mediante esse engano o leva a fazer, a revogar ou a modificar um testamento, ou lhe impede qualquer desses atos. Morto o autor da sucessão, aparentemente é ele quem deve ser chamado a suceder. Mas repugnaria que alguém pudesse beneficiar de uma conduta reprovável dessa ordem. A lei dispõe que aquele que praticou aqueles fatos é indigno e como tal será afastado daquela sucessão. Assim se castiga a infração, cometida independentemente da reconstituição de uma situação a fim da que existiria se a não tivesse havido. Trata-se efetivamente de uma pena civil visto que, ao contrário do que acontece com as restantes sanções civis, tem função repressiva."

⁶⁸⁵ TALAMINI, Eduardo. *Tutelas relativas aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 180.

diretas) e (ou) iv) o desfazimento de conseqüências da conduta indevida (ex.: destruição de obra indevida)."⁶⁸⁶

A sanção ressarcitória aplica-se quando da impossibilidade da aplicação da sanção restitutória ou de sua aplicação parcial, possuindo um caráter indenizatório. Assim, o objetivo da sanção ressarcitória consiste em ressarcir pelo equivalente quando o bem seja aferível patrimonialmente. Não sendo aferível economicamente, estipula-se um montante compensatório pelos prejuízos sofridos. Comumente será mediante uma importância em dinheiro que se dará o ressarcimento pelo equivalente ou por meio de uma compensação, também sendo possível o ressarcimento em forma específica.⁶⁸⁷

Por fim, é importante destacar que em razão da diversidade das espécies de sanções é naturalmente possível a cumulação entre elas, em razão de suas distintas finalidades, pois "a existência de vários tipos de sanções não significa que elas se excluam na sua aplicação. Várias sanções podem cumular-se em reação a uma só violação".⁶⁸⁸

5.3.3.2 A responsabilidade civil preventiva por meio da implementação de um sistema de multas civis

A reparação do dano, como sanção típica da responsabilidade civil, é encarada como um dos fundamentos da diferenciação entre o Direito civil e o Direito penal, na medida em que, funcionalmente, está atrelada à ideia de satisfação do interesse da vítima do ato ilícito, que suportou prejuízos patrimoniais ou extrapatrimoniais. Nesse sentido, a solução indenizatória buscada pela

⁶⁸⁶ TALAMINI, Eduardo. *Tutelas relativas aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.180.

⁶⁸⁷ Sobre o ressarcimento em forma específica adverte Eduardo TALAMINI: "O ressarcimento em forma específica não se confunde com a restituição. A sanção restitutória busca estabelecer a própria situação que se teria se não houvesse a violação. Sob esse aspecto, ataca a própria transgressão. Já o ressarcimento em forma específica dirige-se contra os danos advindos da transgressão". *Tutelas relativas aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 184.

⁶⁸⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 50.

responsabilidade civil não objetiva infligir um mal, um castigo ao responsável pelo ilícito, sendo tal função destacadamente atribuída à sanção penal.

Nesse contexto, bem definida a diferença entre os sistemas de responsabilidade, baseada na diversidade dos fundamentos, das funções e do conteúdo das sanções civil e penal, a reparação do dano seria elemento estranho ao Direito penal, configurado tradicionalmente para dar uma resposta social ao crime, mediante a retribuição do mal causado à sociedade, objetivando a ressocialização ou a neutralização do agressor e o restabelecimento e a manutenção da ordem social.

Apesar da tradicional distinção entre os campos de atuação da responsabilidade civil e penal, tem-se percebido, todavia, um gradativo movimento de convergência entre os referidos sistemas, perceptível, em primeira análise, pela preocupação cada vez maior que o Direito penal tem emprestado à pessoa da vítima.

Isso tem se verificado, curiosamente, a partir da integração da reparação dos danos causados pela prática do crime ao conteúdo de sanções contra determinados delitos, como destacam PÜSCHEL e MACHADO, refletindo sobre a aproximação da responsabilidade civil à penal:

Percebemos, entretanto, que essa separação começou a ser colocada em xeque a partir do momento em que a reparação passou, de uma forma ou de outra, com mais ou menos intensidade, a ser introduzida no sistema penal e a ser considerada nas discussões da dogmática penal como uma alternativa para compor as suas possíveis respostas. Um elemento importante dessa tendência é dado pela valorização da vítima no sistema penal. Há em curso uma discussão relevante sobre isso, cujas origens podem ser reputadas a várias causas: a força do movimento de "restituição" americano, a escalada da vitimologia como um ramo científico independente, a frustração pelos resultados obtidos com as penas de prisão, além da crescente insatisfação com um modelo de justiça penal que não leva em consideração a vítima de nenhuma forma (...) Com esses exemplos, pretendemos aqui apenas indicar que a antiga alocação da reparação exclusivamente no campo do Direito civil vem sendo relativizada, na medida em que ela vem sendo introduzida no sistema penal seja por meio da atenuação de parcela da pena ensejada pela reparação do dano pelo autor, seja por meio de acordos reparatórios, causas de extinção da punibilidade e até mesmo como sanção autônoma. Esse movimento em curso impõe, entretanto, o enfrentamento de uma série de questões dogmáticas nada simples.⁶⁸⁹

⁶⁸⁹ PÜSCHEL, Flavia Portella e MACHADO, M. R. de ASSIS. *Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades civil e penal*. Disponível no endereço eletrônico http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/reconst_da_dogmatica_flavia_puschel_e_marta_machado.pdf, p. 6-9, acessado em 22/03/2012.

Essa convergência entre os sistemas, no intuito de proporcionar às vítimas a mais eficiente e simplificada forma de tutela, pode bem ser ilustrada no Brasil, inicialmente, pela aprovação de reforma do Código de Processo Penal pela qual se passou a determinar que o juiz, por ocasião da sentença condenatória, “fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”.⁶⁹⁰

Ainda mais auspiciosa se revela a proposta do Projeto de Lei n.º 7.222/2006, em tramitação no Senado Federal, que objetiva alterar o Código de Processo Penal, em síntese, para viabilizar a reparação dos danos suportados pelas vítimas de infrações penais já por via do próprio processo penal.⁶⁹¹

Segundo prevê referido Projeto de Lei, desde a fase de inquérito policial os bens do investigado poderiam ser indisponibilizados para fins de garantia da reparação dos danos suportados pela vítima,⁶⁹² competindo ao Ministério Público (nas hipóteses de ação penal pública) ou à própria vítima (nas hipóteses de ação penal privada), já por ocasião do oferecimento da denúncia ou queixa, indicar na inicial, sempre que possível, uma estimativa dos danos causados pela prática da infração penal, assim como dos bens, direitos ou valores necessários para a reparação.⁶⁹³ Julgada procedente a ação, o magistrado já indicaria na sentença o

⁶⁹⁰ Nova redação conferida ao art. 387, IV do CPP, pela Lei n.º 11.719/2008.

⁶⁹¹ O PLS nº 722/2006, de autoria do Senador Demóstenes Torres, que “Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, para disciplinar a reparação de dano decorrente da prática de infração penal”, foi apresentado em 20/06/2006, e atualmente encontra-se em tramitação na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, que já aprovou parecer no sentido de sua inconstitucionalidade, injuridicidade, má técnica legislativa e, no mérito, pela sua rejeição integral.

⁶⁹² Art. 10. § 4º. A autoridade policial representará ao juiz competente para decretação da indisponibilidade dos bens ou valores do indiciado ou de terceiro a quem tenha transferido bens ou tenha se beneficiado diretamente com a prática da infração penal, em montante que assegure a reparação do dano sofrido pelo ofendido.

⁶⁹³ Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime, a discriminação dos bens, direitos ou valores necessários para assegurar a reparação do dano ao ofendido ou sucessor nos termos da lei civil, se cabível, a estimação do dano e, quando necessário, o rol das testemunhas. Parágrafo único. Considera-se ofendido, para o fim de reparação do dano, a pessoa que suporta direta ou indiretamente os efeitos da infração penal consumada ou tentada, vindo a sofrer danos físicos, psicológicos, morais ou patrimoniais.

valor dos danos a serem indenizados,⁶⁹⁴ sendo, ainda, possível a execução provisória da pretensão ressarcitória, mediante o oferecimento de caução idônea.⁶⁹⁵

Ainda que de duvidosa constitucionalidade, razoabilidade e utilidade prática, certo é que a mera existência dessa iniciativa legislativa parece bem apontar, senão para uma verdadeira tendência de confluência entre os sistemas de responsabilidade, quando menos para a preocupação de que sejam refuncionalizados, no sentido de se prestarem ao primordial objetivo de satisfação dos danos experimentados pelas vítimas.

Assim sendo, demonstrada a possível internalização da reparação de danos pelo sistema da responsabilidade criminal, por mais que crie sérias perplexidades no que diz respeito à convivência e integração com o sistema de responsabilidade civil, não deixa de revelar uma tentativa de constante adaptação instrumental dos institutos jurídicos à dinâmica social.

Interessante perceber, nesse sentido, que mediante referida internalização reparatória, o direito penal passa a objetivar, a um só tempo, a tradicional reposta social contra o delito e também a tutela específica da pessoa da vítima.

Por outro ângulo, ainda que o mecanismo indenizatório atualmente ocupe espaço extremamente central nos sistemas de responsabilidade (tanto civil como, agora, também penal), sua utilidade parece pouco ou nada eficiente quando referidos sistemas passam a ser repensados sob a perspectiva preventiva.

Mesmo no âmbito de um renovado Direito penal, atualmente avaliado como também funcionalmente preventivo,⁶⁹⁶ a introdução do mecanismo reparatório não

⁶⁹⁴ “Art. 387. VII – especificará, na parte dispositiva, se for o caso, o valor da reparação do dano ao ofendido decorrente da infração penal. Parágrafo único. Para os fins do que dispõe o inciso VII deste artigo, a sentença penal condenatória é título executivo, líquido, certo e exigível, podendo ser executada nos mesmos autos.”

⁶⁹⁵ Art. 63, § 3º. O juiz, considerando as provas relativas à existência do fato e os indícios relativos à autoria, decidirá sobre pedido de execução provisória, decisão da qual não caberá recurso com efeito suspensivo. § 4º A execução provisória será feita nos mesmos autos e dependerá de prestação de caução idônea, para o caso de advento de sentença penal absolutória que reconheça a inexistência do fato, a não autoria ou situação em que a reparação do dano não for devida.”

⁶⁹⁶ Sobre as tendências de renovação do direito penal para tutela preventiva de bens essenciais, como o meio ambiente, consulte-se: ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000; BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo Hacia una nueva modernidad*. Barcelona/Buenos Aires/México, 1998; CAMPOS, Aline da Veiga Cabral. *Precaução ambiental na era do direito penal secundário. Direito Penal Secundário. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. Escritos em Homenagem à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*; MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Editora Civitas, 2001 e; HEFENDEHL, Roland. “Debe ocuparse o direito penal de riscos futuros?” *Anales de Derecho*, nº 19, 2001. Universidad de Murcia, p. 147 a 158.

pode ser compreendido como substitutivo da pena, nem mesmo como indutor de prevenção contra a prática ou reiteração da conduta ilícita tipicamente qualificada como crime. Isso porque a mera obrigação de indenização das vítimas, na medida exata da extensão dos danos por elas sofridos, apenas tem o condão de, para a pessoa do agressor, determinar a necessidade do retorno ao *status quo ante*, o que, evidentemente, não basta para inibir-lhe a prática ou a reiteração do comportamento ilícito.

Nesse exato sentido, analisa ROXIN os riscos da ineficiência da sanção reparatória no campo do Direito penal preventivo:

Mas, mesmo a partir do ponto de vista das teorias preventivas, pode-se afirmar que o efeito preventivo é zero se, por exemplo, o ladrão devesse devolver apenas a coisa roubada ou o estelionatário o dinheiro obtido fraudulentamente. Se o autor soubesse que, em caso de falha, só precisar restaurar o *status quo ante*, cessaria toda a ameaça; ele, pelo cometimento do fato, só pode ganhar, nunca perder, de forma que uma limitação da reparação aniquilaria o fim preventivo-especial da ameaça penal. Também do ponto de vista preventivo-geral, a mera reparação, em resposta a violações legais, significaria sim um convite para tentar roubar ou fraudar a qualquer momento, porque no pior dos casos ameaça consistiria na devolução do proveito, cuja eventualidade não iria desencorajar ninguém de um plano criminoso em andamento, que promete sucesso.⁶⁹⁷

Como parece evidente, a sanção reparatória não pode ser considerada, isoladamente, um mecanismo suficiente ou satisfatório para incutir socialmente uma mentalidade de não violação dos direitos. Se tal constatação já se revela correta quando se avalia a reparação de danos concretamente já provocados (em que sentido a mera condenação de alguém a indenizar-lhe acarretaria uma inibição contra a reiteração do ilícito?), com muito maior razão a ineficácia da reparação deve ser avaliada quando se trata de investigar a implementação de um sistema de responsabilidade civil preventiva, fundamentado nos princípios da prevenção e da precaução, objetivando a não violação dos direitos essenciais.

⁶⁹⁷ “Pero aun partiendo desde el punto de vista de las teorías preventivas, se puede hacer valer que el efecto preventivo es igual a cero, si, por ejemplo, el ladrón debiera devolver sólo la cosa hurtada o el estafador el dinero obtenido fraudulentamente. Si el autor supiera que él, en caso de fracasar, sólo necesitará restituir el *status quo ante*, cesaría todo el riesgo; él, por la comisión del hecho, sólo puede ganar, nunca perder, de manera tal que una limitación a la reparación aniquilaría el fin preventivo-especial de la amenaza penal. También desde el punto de vista preventivo-general la mera reparación, como reacción a las violaciones jurídicas, significaría antes bien una invitación a intentar alguna vez devolución de lo conseguido, cuya eventualidad no haría desistir a nadie de un plan delictivo a medio camino, que promete éxito.” Tradução livre. ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. ESER, Albin et al. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: AdHoc, 2001, p. 138.

Perceba-se, nesse sentido, que se nas hipóteses em que a prática intencional de um ato ilícito que gera danos pode reclamar, muitas vezes, o acionamento concomitante dos sistemas de responsabilidade civil e criminal, o mesmo não costuma acontecer quando se trata da ameaça ou do risco da prática de ato ou omissão que possa vir a acarretar danos aos direitos fundamentais.

Isso porque, ressalvadas algumas hipóteses, o Direito penal não costuma tipificar como infrações criminais as meras ameaças de violação de direitos essenciais, o que torna inviável a incidência do sistema de responsabilidade criminal e, com ele, eventuais prevenções geral e especial predispostas a tentar evitar a ilicitude e os danos individuais e coletivos.⁶⁹⁸

Exatamente por isso, a implementação de um sistema de tutela inibitória material, tal como preconizado nesta tese, passa a depender da criação de outras espécies de sanções civis que não apenas a reparatória.

Surge, daí, a interessante discussão a respeito do papel a ser possivelmente desempenhado pelas multas civis, vale dizer, sanções pecuniárias especificamente destinadas a, mediante sua natureza coercitivo-punitiva, incutir *a priori* prevenção geral e *a posteriori*, prevenção especial.

Trata-se, de certa forma, do ressurgimento da ideia da “pena privada”, assim descrita por MORAES:

⁶⁹⁸ O ordenamento jurídico brasileiro contém algumas previsões de tipificação penal de condutas que criem risco de lesão a determinados bens jurídicos especialmente tutelados. Exemplificativamente, citem-se, no âmbito do código penal, o art. 147 (“ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, a ponto de causar-lhe mal injusto e grave”) e o art. 132 (“Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente”). No âmbito do código brasileiro de trânsito (Lei n.º 9503/97), destacam-se o art. 308 (“Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, desde que resulte dano potencial à incolumidade pública ou privada”), o art. 309 (“Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida emissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de Dano”) e o art. 311 (“Trafegar em velocidade incompatível com a segurança nas proximidades de escolas, hospitais, estações de embarque e desembarque de passageiros, logradouros estreitos, ou onde haja grande movimentação ou concentração de pessoas, gerando perigo de dano”). No âmbito do código de defesa do consumidor (Lei n.º 8.078/90), destaca-se o art. 64 (“Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado. Parágrafo único. Incurrerá nas mesmas penas quem deixar de retirar do mercado, imediatamente quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos, na forma deste artigo”). Na lei de crimes ambientais (Lei n.º 9.605/98), ainda, ilustra-se o art. 54 (“Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora”. § 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível”).

A teoria da pena privada foi defendida, em meados do século XX, por Boris STARCK, em tese na qual procurava demonstrar que a 'hostilité universelle' para com tal doutrina era gratuita e injustificada. Esta teoria havia sido sustentada, na França do início do século, por Luis HUGUENEY, e jazia completamente esquecida, praticamente sem adeptos, até que STARCK, particularmente influenciado pelo fundamento do risco e desejoso de oferecer, através da noção de garantia, uma nova sistematização da responsabilidade civil, atribuiu à 'faute' (e ao dolo, bem entendido), a consequência da pena privada.⁶⁹⁹

Assevere-se, contudo, que apesar da denominação “pena privada”, consagrada historicamente, impõe-se qualificá-la como instrumento que não se confunde com a hipótese de sanção penal, não possuindo nem objetivos, nem consequências similares àquelas derivadas da imposição da pena criminal.⁷⁰⁰

Uma tal argumentação, no sentido da disseminação de um sistema de multas civis com fins preventivos e punitivos poderia ser contestada ou incompreendida na medida em que, tradicionalmente, esse papel tende a ser relegado ao Direito Público, vale dizer, à regulação encetada seja por via do direito penal, seja por via do direito administrativo.

Todavia, como já analisado anteriormente, a histórica verificação da relativização da dicotomia Direito Público *versus* Direito Privado é responsável por uma verdadeira simbiose entre os referidos campos, aproximando suas funções e objetivos, sem, contudo, aniquilar as razões de sua divisão.

Se, de um lado, o sistema de responsabilidade penal começa a se articular para também propiciar, ainda que por vias indiretas, a reparação de danos às vítimas, de outro lado, o sistema de responsabilidade civil igualmente vem sofrendo mutações internas, na medida em que passa a se comprometer não mais apenas com a satisfação específica das vítimas por via da restituição integral dos danos, mas, adicionalmente, também com a prevenção (tanto geral quanto possível) contra a violação dos direitos.

⁶⁹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 219-220.

⁷⁰⁰ “A expressão “pena privada” nada tem a ver com “justiça privada” ou “vingança privada”, ou pena aplicada “pelos privados”. Designava, no Direito Romano clássico, a forma de punição atrelada ao delictum, conceito originalmente próprio ao *ius civile* (mais tarde estendido ao *ius honorarium*) e por isso distinto do crimen, ato contrário ao direito castigado pelo Direito Penal público”. (...) O Direito Romano clássico não limitava o uso dos termos poena, punire e derivados à “pena em sentido técnico”, entendendo-o a todas as figuras de sanção”. MARTINS-COSTA, Judith, PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*. Brasília, n. 28, jan./mar. 2005, p. 17.

Como já sustentado *supra*, o próprio processo de constitucionalização do Direito Privado parece impor uma tal transformação da responsabilidade civil, predispondo-a à implementação de mecanismos que propiciem a adequada tutela dos direitos fundamentais, individuais e metaindividuais, o que certamente não é possível apenas mediante a técnica reparatória.

Assim, antes de ser consideradas contrárias ao sistema sancionatório civil, ou, mesmo, paradoxais quanto à sua predisposição de “*ameçar punir ou punir para prevenir*”, as multas civis podem e devem ser compreendidas não apenas como necessárias (em determinados campos relacionados com fundadas e graves ameaças de violação de direitos fundamentais), como também mais um símbolo de uma profícua inter-relação funcional entre os sistemas de responsabilidade, imprescindível para torná-los mais eficientes. Nesse sentido, a previsão da incidência de multas civis, por si só, parece concretizar o ideal de “*prevenir para não precisar punir*”.

Como anota ROXIN, a respeito da integração de funções civis e penais entre os diversos sistemas de responsabilidade,

Se se indaga se tal compreensão da reparação conduz a uma aproximação do direito penal e do civil, a resposta é ‘em parte sim - em parte não’. Não se torna diluída a fronteira pelo fato de que mecanismos jurídico-civis sejam usados pelo direito penal. Mas a diferença entre ambos os ramos do direito é transposta na medida em que o direito penal se serve também, entre outros, de efeitos preventivos jurídico-civis, assim como, inversamente, o direito civil, sob um novo papel, torna frutíferos, sem hesitação, efeitos penais. Isto não representa uma inversão do curso do desenvolvimento histórico, mas sim uma conjunção de ambos os ramos do direito, o que corresponde à sua função comum de resolução de conflitos sociais de forma cuidadosa e pacificadora.⁷⁰¹

De que forma e em que medida seria possível a adoção de um mecanismo inibitório material por via da incidência de multas civis passa a constituir, portanto,

⁷⁰¹ “Si se pregunta acerca de si tal comprensión de la reparación conduce a una aproximación del Derecho penal e y el civil, la respuesta es ‘en parte si - en parte no’. No se torna borrosa la frontera por el hecho de que mecanismos jurídico-civiles sean utilizados por el Derecho penal. Pero la fosa entre ambas ramas del Derecho se traspasa en la medida en que el Derecho penal se sirve también, entre otros, de efectos preventivos jurídico-civiles, así como, a la inversa, el Derecho civil, según el nuevo desarrollo, torna fructíferos, sin hesitación, efectos penales. Esto no representa una inversión de la marcha del desarrollo histórico, sino un ensamblamiento de ambas ramas del Derecho, que se corresponde con su función común de solucionar conflictos sociales de manera cuidadosa y pacificadora”. Tradução livre. ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena In: ESER, Albin et al. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: AdHoc, 2001, p. 155.

tema de grande relevância para a refundamentação do direito de responsabilidade civil com vistas à prevenção da violação dos direitos.

5.3.3.3 A utilização do mecanismo sancionatório das multas civis no direito brasileiro

A partir das premissas lançadas, parecem claras a relevância e a adequação da disseminação do emprego do mecanismo das multas civis para a concretização da responsabilidade civil preventiva. Intenta-se, por via daquelas, a indução quanto à não violação dos direitos essenciais e, mesmo em caso de violação, uma punição pedagogicamente voltada ao objetivo de inibição da continuidade ou da reiteração da violação daqueles.

Trata-se de estabelecer comandos que influenciem o comportamento dos indivíduos, seja por meio de um prêmio (sanção positiva), seja pela atuação de meios coercitivos (de indução), seja por meio de punições com caráter exemplar. Vale dizer, o sancionado seria induzido a adotar determinados comportamentos, na medida em que teria conhecimento prévio das consequências de suas condutas.

O Ordenamento Jurídico brasileiro não desconhece o instrumento da multa civil, já utilizada como mecanismo inibitório material em algumas hipóteses.

Nesse sentido, talvez a figura mais antiga de multa civil existente no Direito brasileiro sejam as multas incidentes sobre a cobrança antecipada de dívida ainda não vencida (art. 939 do Código Civil) e a cobrança de dívida já paga (art. 940 do Código Civil).⁷⁰²

Tais hipóteses, que já eram similarmente previstas no regime do revogado Código Civil de 1916 (artigos 1530 e 1531), dizem respeito a uma autêntica multa civil, assim interpretada por PONTES DE MIRANDA:

⁷⁰² Citem-se os dispositivos do Código Civil: “Art. 939. O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.”; “Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição”; “Art. 941. As penas previstas nos arts. 939 e 940 não se aplicarão quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide, salvo ao réu o direito de haver indenização por algum prejuízo que prove ter sofrido”.

Tem-se dito que a responsabilidade civil supõe, necessariamente, o dano. Pode não haver dano patrimonial, nem dano não-patrimonial, e haver a responsabilidade com a pena privada. Os arts. 1530 e 1531 do Código Civil são os mais frisantes exemplos e a particularidade de tê-los o sistema jurídico brasileiro dá razão a que sublinhemos a sua relevância. Pode não ter havido qualquer dano a pessoa demandada. Os arts. 1.530 e 1.531 são regras jurídicas sobre pena privada, que nos vem do passado, com alterações que não dizem respeito ao elemento do dano, nem os ligam aos arts. 159 e 1.518.(...)

Os arts. 1.530 e 1.531 do Código Civil não são, rigorosamente, regras jurídicas sobre indenização no tocante a alguns atos ilícitos absolutos. Dêles não resulta só *dever* de ressarcimento. Resultam penalidades, por infração de deveres que a lei criou (cf. arts. 916-927, 1.530 e 1.531). Trata-se de casos de plus petitionibus, pois que o autor pede o que ainda não se podia exigir ou a mais do que se lhe devia. (...)

A pena privada consiste em pagar ao devedor o dobro do que lhe pedira, se a demanda fora da dívida solvida, ou da parte da dívida ainda não solvida e da parte já solvida. Não há inconveniente em que se chame a tais sanções penas privadas.⁷⁰³

Subsequentemente, a Lei do Condomínio (Lei n.º 4.591/64, art. 21) incorporou o mecanismo da multa civil, cabível contra a violação de qualquer dos deveres estipulados na Convenção ou no Regimento Interno, sem prejuízo da responsabilidade civil ou criminal eventualmente incidentes. Referida multa foi reiterada pelo Código Civil de 2002, incidindo tanto em caso de descumprimento de deveres condominiais como por comportamento antissocial que acarrete incompatibilidade de convivência com os mais condôminos.⁷⁰⁴

Com idêntica função já versada pelo Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90, art. 42) também incorporou ao seu sistema a multa

⁷⁰³ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito privado*. vol. 54. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1967, p. 42-48.

⁷⁰⁴ “Art. 1336. § 2º. O condômino, que não cumprir qualquer dos deveres estabelecidos nos incisos II a IV, pagará a multa prevista no ato constitutivo ou na convenção, não podendo ela ser superior a cinco vezes o valor de suas contribuições mensais, independentemente das perdas e danos que se apurarem; não havendo disposição expressa, caberá à assembléia geral, por dois terços no mínimo dos condôminos restantes, deliberar sobre a cobrança da multa.”

“Art. 1337. O condômino, ou possuidor, que não cumpre reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de três quartos dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar multa correspondente até ao quádruplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurem. Parágrafo único. O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento anti-social, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembléia”.

civil, estabelecendo que o fornecedor fica obrigado a devolver em dobro o valor das cobranças indevidamente executadas.⁷⁰⁵

No âmbito da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92, art. 12), o emprego da multa civil voltou a ser preconizado como instrumento sancionatório, desta feita para a um só tempo punir e prevenir a prática de atos de improbidade que tenham causado lesão ao erário, enriquecimento ilícito ou violação a princípios constitucionais da Administração Pública.⁷⁰⁶

Curiosa multa civil foi também criada pelo Código Brasileiro de Trânsito (Lei nº 9503/97), com evidente pretensão de se viabilizar reparação de danos patrimoniais às vítimas de acidentes de trânsito por via do próprio processo penal. Nessa hipótese, deve observar-se o pertinente desconto dos valores eventualmente depositados a título indenizatório na ação penal daqueles fixados em condenação derivada de ação de responsabilidade civil, muitas vezes então (caso bem-sucedida a reparação dos danos materiais por via do processo penal), relegadas à cobrança dos danos extrapatrimoniais.⁷⁰⁷

⁷⁰⁵ “Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”. Sobre a caracterização de tal multa como “punitive damages” no direito brasileiro, vide ALMEIDA, Luiz Claudio Carvalho. A repetição do indébito em dobro no caso de cobrança indevida de dívida oriunda de relação de consumo como hipótese de aplicação dos *punitive damages* no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 54. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁷⁰⁶ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

⁷⁰⁷ “Art. 297. A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no § 1º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime. § 1º A multa reparatória não poderá ser superior ao valor do prejuízo demonstrado no processo. § 2º Aplica-se à

No terreno da responsabilidade civil ambiental, por outro lado, em que pese o anteprojeto da Lei n.º 9.605/98 ter referido expressa previsão da aplicação de multa civil, conforme relata BENJAMIN, o texto aprovado não incorporou referida sanção, não obstante remanesça a previsão do art. 3º, segundo o qual “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.⁷⁰⁸

Por outro lado, a Lei n.º 11.428/2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, incorporou a multa civil no art. 34, segundo o qual “As infrações dos dispositivos que regem os benefícios econômicos ambientais, sem prejuízo das sanções penais e administrativas cabíveis, sujeitarão os responsáveis a multa civil de 3 (três) vezes o valor atualizado recebido, ou do imposto devido em relação a cada exercício financeiro, além das penalidades e demais acréscimos previstos na legislação fiscal”.

No Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/2003, art. 58), implementou-se interessante agregação do mecanismo da multa administrativa e da multa civil, para os fins de punição das entidades que não observarem os deveres de prioridade de atendimento aos idosos e, ao mesmo tempo, para a compensação dos danos sofridos por eles.⁷⁰⁹

Como verificado pelas hipóteses ilustradas, o mecanismo da multa civil já constitui realidade no sistema de justiça nacional, necessitando, porém, ser constantemente reavaliado no intuito de instrumentalizar a proteção inibitória dos direitos em campos cada vez mais expandidos, sobretudo naqueles inerentes aos direitos fundamentais para os quais se deseja imprimir especial atenção protetiva preventiva.

multa reparatória o disposto nos arts. 50 a 52 do Código Penal. § 3º Na indenização civil do dano, o valor da multa reparatória será descontado.”

⁷⁰⁸ Conforme preconizava o texto original do anteprojeto, a multa civil teria lugar quando “a) a recuperação ou a indenização aplicáveis não forem suficientes para internalizar a totalidade dos custos da degradação ou desestimular futuras violações; b) o dano ambiental, embora existente, seja de difícil quantificação; ou c) houver flagrante violação das normas ambientais ou dos limites e padrões fixados na licença”. BENJAMIN, Antonio Herman. Responsabilidade civil pelo dano ambiental, *Doutrinas Essenciais – Responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 486.

⁷⁰⁹ Art. 58. Deixar de cumprir as determinações desta Lei sobre a prioridade no atendimento ao idoso: Pena – multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 1.000,00 (um mil reais) e multa civil a ser estipulada pelo juiz, conforme o dano sofrido pelo idoso.

Nesse sentido, verificada anteriormente a necessidade da inter-relação das funções tradicionalmente desempenhadas pelos diversos sistemas de responsabilização (em especial, o penal, o civil, e o administrativo), não deve causar estranheza o fato de, eventualmente, serem previstas multas de naturezas diversas, ainda que para implementar, comumente, o sentido de prevenção geral e especial, tão caros à proteção da integralidade dos direitos.

Assim, nada impede que, para proteger preventivamente determinado bem jurídico (correlacionado, no mais das vezes, com direitos fundamentais individuais e coletivos), o ordenamento determine a possível conjugação de diversas multas, desde que observada, adequadamente, a distinção entre suas naturezas, hipóteses de incidência e destinação.

Evidentemente que, na base dessa discussão, está a premissa de que as multas pecuniárias, por não serem fundadas e não objetivar, em regra, exatamente os mesmos fins da indenização,⁷¹⁰ não se confundem com a reparação de eventuais danos causados, como já consolidado, aliás, não fosse pela notória distinção científica academicamente denunciada, também pelo Superior Tribunal de Justiça.⁷¹¹

⁷¹⁰ Como se ilustrou acima, há exemplos de multas civis que já assumem expressa função compensatória, sendo necessário, nesses específicos casos, cuidados ao se conjugar eventuais pretensões de incidência concomitante da multa e da indenização.

⁷¹¹ Nesse sentido: “ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SANÇÕES. CONDENAÇÃO CUMULATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. MULTA CIVIL E RESSARCIMENTO INTEGRAL DO DANO. NATUREZA DIVERSA. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei n.º 8.429/92 exige que o magistrado considere, no caso concreto, “a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”. Assim, é necessária a análise da razoabilidade e proporcionalidade em relação à gravidade do ato de improbidade e à cominação das penalidades, as quais podem ser aplicadas cumulativas ou não. 2. No caso dos autos, o Tribunal de origem, mantendo a sentença de primeiro grau, condenou os recorrentes a perderem as funções públicas, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e vedação de contratarem com o poder público, com a efetiva consideração dos limites fixados na legislação e observância dos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade. 3. A multa civil não se confunde com a penalidade de ressarcimento integral do dano, pois possui natureza jurídica diversa. Enquanto esta visa a recomposição do patrimônio público afetado, aquela tem caráter punitivo do agente ímprobo. Agravo regimental improvido”, AgRg no REsp 1122984/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 21/10/2010, DJe 09/11/2010. No mesmo sentido: “O ressarcimento ao erário deve ser mantido, em razão da necessidade de se recompor o *status quo ante*. A multa civil deve ser mantida a título pedagógico, porquanto o ressarcimento em si não funciona como sanção, como reiteradamente decidido por esta Corte Superior”, REsp 1220007/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 01/12/2011, DJe 09/12/2011.

5.3.3.4 Os mecanismos da reparação e da multa civil e a dissuasão da violação dos direitos

A multa e a reparação de danos, em que pese constituírem espécies de sanção, não podem ser confundidas, na medida em que possuem fundamentos, finalidades e regimes diferentes.

Mais do que isso, a diferenciação entre multa e reparação também se revela imprescindível na medida em que aquela pode constituir importante mecanismo inibitório material, capaz de dissuadir a violação dos direitos e a produção de possíveis danos, o que incorre com a mera sanção reparatória, sobretudo quando delimitada pela chamada “extensão horizontal das perdas e danos”.⁷¹²

Com efeito, o mecanismo da reparação tradicionalmente destina-se a indenizar ou compensar a vítima que experimentou danos patrimoniais ou extrapatrimoniais. Assim, trata-se de mecanismo (sanção) incidente necessariamente após a transgressão, tendo como pressuposto necessário a ocorrência do dano e objetivando recompor suas consequências. A reparação é fixada judicialmente em razão e na extensão dos prejuízos causados às vítimas, e não deixa de constituir uma espécie de “pena privada” ao infrator, conforme lembra REIS:

Nesse particular, não podemos esquecer que a determinação judicial para que o lesionador indenize o dano culposamente perpetrado à vítima, configura uma subtração de parte do seu patrimônio pessoal. Este fato exerce uma poderosa e substancial intervenção na intimidade do ofensor, *em razão da configuração de uma punição econômica. Não se pode excluir a significativa função da pena nesse contexto do processo indenizatório, mas não se deve, por outro lado, estabelecer a pena como sendo o punctum saliens da teoria da responsabilidade civil.*⁷¹³

Apesar de sua incidência repressiva, por outro lado, a mera previsão da obrigação reparatória em caso do cometimento de ilicitude que gera danos

⁷¹² Conforme estabelece o Código Civil brasileiro, por exemplo, “a indenização mede-se pela extensão do dano” (art. 944), o que bem ilustra a restrição da quantificação dos danos tão somente tomando-se em consideração a verificação dos prejuízos sofridos pela vítima, independentemente do “grau de culpa” imputável ao agressor. Aliás, curiosamente tal avaliação da culpabilidade da ação ou omissão do agressor somente seria pertinente, segundo referido dispositivo, para minorar a sanção pecuniária, conforme estabelece o parágrafo único do art. 944: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”.

⁷¹³ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 209.

representaria, segundo parte da doutrina, por si só, importante fator dissuasório (o que se entende por “função normativa da responsabilidade civil”), suficiente para gerar a prevenção necessária para se obter um nível apropriado de cautela por parte de eventuais agressores. Uma tal assinalação tem sido verificada, inclusive, por parte dos penalistas, como enuncia ROXIN:

Não obstante, eu não sou da opinião de que a reparação é ou poderia chegar a ser uma finalidade da pena. Pois o fim da pena só pode ser, racionalmente, em um direito penal moderno, evitar preventivamente o delito, isto é, a prevenção (qualquer que seja sua forma). Assim, se se integra a reparação no sistema de sanções do direito penal, há somente duas possibilidades. Ou bem a consequência jurídica reparatória não tem nenhum efeito preventivo, ou até estimula a perpetração do delito, como opinam alguns daqueles que combatem a reparação, a quem proporcionei anteriormente uma fundamentação hipotética para essa tese. Resulta, então, impossível que a reparação seja um fim da pena. Ou bem a reparação é, certamente, um instrumento de utilidade preventiva para o direito penal, como afirmam aqueles que a defendem, como procurarei explicar. Então, ela é um fator, que tem efeitos preventivo especial e geral, ou em ambas as direções, e que tem que ser considerada como circunstância relevante no marco dos fins tradicionais da pena.⁷¹⁴

Entretanto, apesar de se poder enxergar um eventual papel dissuasório no mecanismo reparatório, parece evidente não ser razoável imputar-se à mera previsão legal de reparação de danos uma forma eficiente ou efetiva de dissuasão contra os eventuais ofensores. Tal insuficiência demonstra-se ainda mais grave quando se constata a ausência ou a inefetividade da acessibilidade à justiça, que afasta dos tribunais grande parte de legítimas pretensões de ressarcimento por danos patrimoniais ou extrapatrimoniais.

Por sua vez, o mecanismo das multas pode servir a uma pluralidade de funções, dentre as quais, a preventiva. Com efeito, para além de configurar sanção

⁷¹⁴ “No obstante, yo no soy de la opinión de que la reparación es o podría llegar a ser un fin de la pena. Pues el fin de la pena sólo puede ser, racionalmente, en un Derecho penal moderno, el evitar preventivamente el delito, esto es, entonces, la prevención (cualquiera que sea su forma). Empero, si se integra la reparación en el sistema de sanciones del Derecho penal, hay sólo dos posibilidades. O bien la consecuencia jurídica reparación no tiene efecto alguno preventivo, o hasta estimula la perpetración del delito, como opinan quienes combaten a la reparación, a quienes yo he proporcionado anteriormente una fundamentación hipotética para esa tesis. Resulta, entonces, imposible que la reparación sea un fin de la pena. O bien la reparación es, ciertamente, un instrumento de utilidad preventiva para el derecho penal, como afirman quienes abogan por ella y como intentaré explicar. Entonces, ella es un factor, que tiene efectos preventivo especial e general, o en ambas direcciones, y que tiene que ser considerada como circunstancia relevante en el marco de los fines de la pena tradicionales.” Tradução livre. ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. ESER, Albin et all. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: AdHoc, 2001, p. 146.

(punição) pelo descumprimento de deveres ou obrigações contratuais e extracontratuais, a multa pode constituir também técnica inibitória dirigida à não violação dos direitos, mediante coerção para o cumprimento efetivo e tempestivo dos deveres e obrigações, podendo derivar, assim, da infração da lei (legal), de um contrato (convencional) ou de uma decisão judicial (astreintes).

Como se percebe, dessa forma, em princípio a multa não possui finalidade reparatória, constituindo técnica dissuasória que se presta a, num primeiro momento, gerar prevenção geral (mediante a ameaça da sua incidência em caso de transgressão da norma), ou, no caso de violação da regra legal ou contratual, a função de punição e prevenção especial.⁷¹⁵

Na medida em que toda a estrutura da responsabilidade civil foi sistematizada com o objetivo quase exclusivo de reparar danos, relegando-se ao direito penal quase que exclusivamente a função dissuasória geral e especial, naturalmente explica-se o motivo de ser o mecanismo reparatório a principal forma sancionatória prevista pelo direito de responsabilidade civil, priorizando essencialmente a restituição, seja em forma de indenização ou de compensação.

No entanto, diante do surgimento das novas e agravadas espécies de danos (hoje interpretados em uma dimensão global), diante da insuficiência da atividade regulatória estatal e do compromisso do Direito privado com a afirmação dos direitos fundamentais, parece cada vez mais evidente a insatisfatoriedade da responsabilidade civil repressiva e de seu modelo sancionatório reparatório, imprestável para viabilizar uma tutela preventiva contra a violação dos direitos, papel atualmente atrelado ao novo Direito da responsabilidade civil preventiva.⁷¹⁶

Por tais motivos, a funcionalização da dissuasão por parte do Direito da responsabilidade civil deve ocorrer não mais tão somente por via do mecanismo indenizatório, mas, antes, prevalescentemente por via de multas civis, cuja aplicabilidade deve ser alastrada para a proteção efetiva e preventiva contra a violação dos direitos fundamentais.

⁷¹⁵ Conforme aludido anteriormente (notas n.º 705 e 707), todavia, há hipóteses em que o legislador expressamente se utiliza do instrumento da multa civil como forma de otimização da reparação de danos às vítimas.

⁷¹⁶ Sobre a preponderância das penas e das multas sobre a reparação, no que diz respeito à causação de prevenção geral, aponta ROXIN: “Se começarmos pela prevenção geral, o efeito intimidatório da reparação sobre todos, isto é, aquilo que hoje se denomina prevenção geral negativa, é, seguramente, muito pequeno e inferior àquele da pena privativa de liberdade e da multa”, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*. ESER, Albin et all. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: AdHoc, 2001, p. 148.

Esse papel incentivador do adimplemento de deveres jurídicos ou obrigações, aliás, já é de longa data implementado, no âmbito negocial, por via da utilização das chamadas cláusulas penais ou convencionais.

A cláusula penal, também denominada *pena convencional* ou *multa convencional*,⁷¹⁷ é uma modalidade de convenção acessória que pode ser prevista nos negócios jurídicos unilaterais ou bilaterais, tendo por objeto uma sanção de natureza econômica, sendo mais comumente fixadas uma quantia em dinheiro ou uma obrigação de dar, fazer ou não fazer.⁷¹⁸

Tal espécie de multa civil deve ser estipulada por convenção entre as partes que travam entre si o negócio jurídico, não sendo possível a sua estipulação por lei ou pelo juiz⁷¹⁹. A cláusula penal pode desempenhar uma tríplice função, na medida em que reforça a garantia do adimplemento da obrigação, prefixa possível indenização das perdas e danos e pune a parte inadimplente.⁷²⁰

É inegável, assim, que a previsão da cláusula penal constitui importante forma de inibição do inadimplemento na medida em que reforça a garantia, facilita o recebimento das perdas e danos sem necessidade de uma ação indenizatória e serve como punição pela infração de certos deveres contratuais.⁷²¹

⁷¹⁷ VARELA, João de Mattos Antunes. *Das obrigações em geral*. 7ª ed. v. 2, Coimbra: Almedina, 1997, p. 140.

⁷¹⁸ ESPÍNOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações*. Atual. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005, p. 282. De acordo com AZEVEDO “A cláusula penal, *stipulatio poenae* (estipulação de pena), entre os romanos, também conhecida como multa ou pena convencional, é a fixação contratual, por escrito, nos limites da lei, de uma pena, ou sanção, de natureza econômica, imposta a quem retardar ou descumprir determinada obrigação”. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 256-267.

⁷¹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 303.

⁷²⁰ A tríplice função da cláusula penal, explicada por meio da teoria eclética seria a adotada no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, consultar: FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 142; WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro – Obrigações e contratos*, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 172-175; e PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – Teoria geral das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 145-146.

⁷²¹ Discute-se acerca da existência, inicialmente, de uma cláusula penal pura que não teria como objetivo pré-estimar as perdas e danos, enfatizando essencialmente a sua natureza punitiva, como ocorre nos negócios jurídicos unilaterais, v.g., nos testamentos (fixada para compelir o herdeiro a entregar o bem deixado ao legatário) e na promessa de recompensa. De outro lado, a chamada cláusula penal impura, para além da natureza punitiva, teria ainda o objetivo de prefixar as perdas e danos. Todavia, seguindo-se referida distinção, alguns autores negam a natureza de cláusula penal ao instrumento que não objetive a prefixação das perdas e danos. Nesse sentido: GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 189; e RODRIGUES, Silvio. *Direito civil – Parte geral das obrigações*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 264. Em sentido contrário, afirmando que a prefixação das perdas e danos não seria o único e exclusivo efeito da cláusula penal, mas apenas uma de suas finalidades: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Teoria geral das obrigações*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 146; e BITTAR, Carlos Alberto. *Direito das obrigações*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 170.

Nesse sentido, como afirma CASSETARI,

Infelizmente, o trâmite das ações judiciais atualmente é muito moroso, o que reveste de importância as formas criadas pela autonomia privada, de as partes solucionarem seus conflitos sem a necessidade de se propor uma demanda judicial, já estipulando, previamente as perdas e danos sob o rótulo de cláusula penal, nos ditames legais, para que as partes já tenham uma noção de qual será a consequência em caso de inadimplemento.⁷²²

A depender do papel que a multa convencional assuma, pode ou não vir a ser suplementada por eventual ação de reparação por perdas e danos, conforme vem se pronunciando o Superior Tribunal de Justiça.⁷²³

A partir dessa distinção, parece claro que reparação e multa pecuniária devem ser empregadas nos devidos campos de atuação e para o atingimento dos objetivos próprios, sob pena de um desvirtuamento que pode, em última análise, subverter ao próprio princípio do devido processo legal, considerado em suas vertentes processual e material.

Tal crítica possui especial relevância na medida em que se tem verificado o emprego cada vez maior, no sistema de justiça brasileiro, das chamadas “indenizações agravadas” em casos de compensação de danos extrapatrimoniais,

⁷²² CASSETARI, Christiano. *Multa contratual: teoria e prática da cláusula penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 60.

⁷²³ Nesse sentido, confirmam-se os seguintes arestos do STJ: “Não é possível a cumulação de cláusula penal compensatória e indenização por perdas e danos”, AgRg no Ag 788.124/MS, Rel. Ministro Paulo Furtado, Terceira Turma, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009. No mesmo sentido, “A existência de cláusula penal com finalidade compensatória inadmitte sua percepção cumulativa com perdas e danos, hipótese que caracteriza *bis in idem*”. No entanto, é importante destacar o mais recente julgamento em sentido contrário referente ao tema: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO CONTRATUAL. PROMITENTE COMPRADOR QUE NÃO REÚNE CONDIÇÕES ECONÔMICAS PARA O PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES. REAJUSTE DO SALDO DEVEDOR. RESÍDUO INFLACIONÁRIO. CLÁUSULA PENAL. INDENIZAÇÃO PELA FRUIÇÃO. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. O art. 28 da Lei 9.069/95 não vedou a exigência de resíduo inflacionário. A aplicação do reajuste apenas representa o repasse da correção monetária não transferida ao consumidor durante a vigência do contrato, em razão da limitação do valor das parcelas ao salário mínimo. A multa prevista pela cláusula penal não deve ser confundida com a indenização por perdas e danos pela fruição do imóvel, que é legítima e não tem caráter abusivo quando há uso e gozo do imóvel.” Do voto lavrado pela relatora, extrai-se: “A multa prevista pela cláusula penal, entretanto, não deve ser confundida com a indenização por perdas e danos pela fruição do imóvel. Enquanto a cláusula penal é sanção pelo descumprimento de obrigação contratualmente assumida, a indenização pela fruição tem por fim ressarcir a ocupação indevida do imóvel pela parte que deu causa à rescisão contratual. A fruição é, portanto, legítima e não tem caráter abusivo quando há uso e gozo do imóvel. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 953.907/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 09/04/2010)

quando os tribunais pátrios têm asseverado a necessidade de não apenas tutelar da melhor forma possível as vítimas como, ao mesmo tempo, punir exemplarmente os agressores, pretendendo com isso dissuadi-los quanto a reincidências das práticas lesivas.

O que se passa a indagar, nesse sentido, para além das justificativas para que o direito privado passe a lançar mão de expedientes punitivos até então quase que relegados ao direito público (penal e administrativo), são sobretudo os meios adotadas para referido objetivo. A função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil deve ser instrumentalizada por via do agravamento das indenizações ou a partir da implementação de um sistema de multas civis?

5.3.4 O caráter punitivo-pedagógico da responsabilidade civil como forma de prevenção da violação dos direitos

O problema das possíveis funções a que se destina o emprego da responsabilidade civil, e em especial a compensatória e a punitivo-pedagógica, mencionadas tanto em âmbito doutrinário como jurisprudencial, constitui questão da maior complexidade e relevância dentro da teoria geral do Direito Civil, sobretudo quando focado pragmaticamente, vale dizer, mediante o compromisso de efetividade e de adequada sistematização.⁷²⁴

Se, por um lado, hoje resta no Brasil superada a discussão sobre a viabilidade da plena reparabilidade dos chamados danos extrapatrimoniais (controvertendo-se apenas no que diz respeito aos critérios para sua adequada quantificação), por outro, há grande controvérsia quanto à possível inserção de um caráter punitivo-pedagógico nas indenizações por danos extrapatrimoniais ou até mesmo patrimoniais.

Tal caráter punitivo, que se pretende justificar, dentre outros fundamentos, na dissuasão de condutas ilícitas e anti-sociais por meio da aplicação de uma sanção de cunho civil ao ofensor, apesar de não possuir expressa previsão legislativa no

⁷²⁴ MORAES, Maria Celina Bodin, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 24.

Brasil, parece decorrer da construção jurisprudencial dos tribunais pátrios, que muitas vezes assumem explicitamente uma tal opção.⁷²⁵

A falta de critérios pré-fixados em nosso ordenamento para estipulação do *quantum* indenizatório nas hipóteses de danos extrapatrimoniais abriu caminho para que a jurisprudência brasileira passasse a integrá-los, aludindo-se, então, à gravidade do dano, ao grau de culpa do ofensor, à capacidade econômica da vítima e à capacidade econômica do ofensor.

Assim, por meio não só da *valorização* das chamadas perdas e danos (do que se ocupa a clássica função reparatória da responsabilização civil), mas também mediante a *desvalorização* da conduta do infrator (grau de sua culpabilidade, sua capacidade econômica e a intensidade da lesão), passou-se a disseminar a aplicação, em nossos tribunais, ainda que de maneira disfarçada ou subliminar, da chamada função punitiva da responsabilidade civil.

Não obstante os âmbitos de aplicação das funções de reparação e punição serem por vezes confundidos, justamente pela ausência de limites rígidos, a função punitiva constitui mero núcleo de fortalecimento para a efetividade da função de reparação dos danos, sendo, portanto, inconfundíveis ambas as funções, como assentam Henri e Leon MAZEAUD e Andre TUNC:

Seja o que for, o legislador permite à vítima, em situações excepcionais, obter coisa diversa da reparação do dano. É isso que chamamos muito apropriadamente de penas privadas; pena, porque o objetivo não é reparar, mas de causar um prejuízo ao autor do ilícito, de puni-lo; pena privada, porque o prejuízo sofrido pelo responsável se traduz numa vantagem da qual se aproveita a vítima.⁷²⁶

Como antes verificado, todavia, a função punitiva não se confunde com a função de reparação de danos, ainda que pragmaticamente nem sempre seja fácil

⁷²⁵ Prova disso pode ser extraída do Enunciado nº 379, editado pelo Centro de Estudos Judiciários – CEJ – do Conselho da Justiça Federal – CJF, no ano de 2006, por ocasião da IV Jornada de Direito Civil: “Art. 944: O art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.”

⁷²⁶ MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Leon et TUNC, André. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 5ª ed. Paris: Montchrestien, 1960, p. 487. Tradução livre: “Quoi qu’il en soit, le législateur permet à la victime, dans des situations exceptionnelles, d’obtenir autre chose que la réparation du dommage. C’est ce qu’on a très justement appelé les peines privées; peine, parce que le but n’est plus réparer, mais de causer un dommage à l’auteur de la faute, de le punir; peine privée, parce que le dommage souffert par le responsable se traduit par un avantage dont profite la victime”.

distingui-las.⁷²⁷ A punição pedagógica representa um meio sancionatório da violação de determinadas normas de conduta que protegem direitos especialmente tuteláveis em virtude de sua própria natureza e superioridade (v.g., direitos inerentes à personalidade, à vida privada, à honra, à dignidade) assumindo, assim, um perfil nitidamente instrumental no objetivo de viabilizar, mediante a aplicação de uma condenação pecuniária ao infrator, prevenção especial e geral relativamente à prática de certos comportamentos sociais.

Em síntese, conforme CARVAL:

A função punitiva da responsabilidade civil é, como acabamos de ver, largamente posta em prática para assegurar a proteção dos atributos da personalidade. Mal dissimulada sob a máscara da reparação de um dano, ela vem sancionar a violação de normas de conduta, tornando um fim aquilo que não é, em princípio, mais do que um meio. Pronta e por vezes rigorosa, a condenação civil tornou-se não somente indispensável – poderíamos imaginar razoavelmente substituí-la por um recurso maciço à sanção penal? – porém se afirma como uma sanção cujas qualidades lhe permitem concorrer abertamente com a sanção penal.⁷²⁸

A função punitiva da responsabilidade civil passou a ser comumente empregada em nosso sistema jurisdicional como uma forma de sanção civil, reportando-se fundamentalmente à figura dos *punitive damages* (indenizações punitivas), originária do direito anglo-saxão e de grande aplicação pelo sistema norte-americano, como explicam PROSSER e SCHWARTZ:

⁷²⁷ Para BOBBIO, todavia, as noções de “punição” e “reparação” acabam invariavelmente se sobrepondo: *“D’altro canto, punizione e riparazione, per quanto astrattamente distinguibili se non altro dal punto di vista funzionale, in pratica spesso si sovrappongono. Un premio può assumere l’aspetto riparazione per lo sforzo e i costi di un comportamento osservante, e viceversa una riparazione per un danno arrecato può assumere anche l’aspetto di pena per il danneggiante. È spesso difficile stabilire in concreto dove finisce il ‘premio e dove comincia l’indenizzo; dove finisce il risarcimento e dove comincia la punizione.”* BOBBIO, Norberto. Sanzione. AZARA, Antonio e EULA, Ernesto. *Novissimo digesto italiano*. v. XVI, p. 534. Tradução livre: “De outro lado, punição e reparação, muito embora abstratamente distinguíveis, sobretudo, do ponto de vista funcional, na prática frequentemente se sobrepõe. Uma recompensa pode assumir o aspecto de reparação pelo esforço e custos de um comportamento observável, e vice-versa uma reparação por um dano sofrido pode assumir também o aspecto de pena para o infrator. É muito difícil estabelecer em concreto onde termina a recompensa e onde começa a indenização; onde termina o ressarcimento e onde começa punição”.

⁷²⁸ CARVAL Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: L.G.D.J., 1995, p. 43. Tradução livre: *“La fonction punitive de la responsabilité civile est, on vient de le voir, largement mise en oeuvre pour assurer la protection des attributs de la personnalité. A peine dissimulée sous le masque de la réparation du dommage, elle vient sanctionner la violation des normes de conduite, faisant une fin de ce qui n’est en principe qu’un moyen. Prompte et parfois rigoureuse, la condamnation civile est, non seulement, devenue indispensable – peut-on raisonnablement imaginer de la remplacer par un recours massif à la sanction pénale? – mais s’affirme comme une sanction dont les qualités lui permettent de concurrencer ouvertement la sanction pénale”.*

Indenização punitiva, algumas vezes denominada de indenização exemplar ou vingativa, ou “dinheiro fácil”, consiste em uma soma adicional, acima e para além da compensação reclamada pelo dano sofrido pelo autor, que o recompense com o propósito de punição do réu, admoestando-o para que não repita novamente, e desestimulando outros a seguirem seu exemplo”⁷²⁹

Nesse sentido, pode-se observar que a função punitivo-pedagógica tem como objetivo desempenhar um duplo papel: o de punir o agente causador do dano e, ainda, ser instrumento de dissuasão de comportamentos anti-sociais, possuindo um caráter de exemplaridade e, conseqüentemente, preventivo.⁷³⁰

A função punitiva da responsabilidade civil ganha especial sentido na medida em que se buscam fundamentos não apenas para fortalecer a ideia de reparação dos danos, mas, antes disso, para tornar mais eficaz a função dissuasória do instituto, no intuito da implementação da prevenção, sobretudo no âmbito dos direitos extrapatrimoniais e de dimensões transindividuais. Muito embora não constitua, originariamente, mecanismo de reparação, mas sim de repressão, “não deixa a pena, pois, de cumprir missão inibidora, realizando a defesa dos bens referidos, e, quando aplicada, a satisfação dos interesses lesados”.⁷³¹

Apesar de comumente a função reparatória ser concebida como gênero do qual seriam espécies as funções compensatória e punitivo-pedagógica, esta última a toda evidência não constitui uma forma de reparação, na medida em que extrapola o ideal indenizatório para constituir meio sancionatório que, por meio da fixação de uma soma em dinheiro (um *plus* ao montante compensatório), serve para dissuadir condutas abusivas e que venham sendo praticadas reiteradamente.

⁷²⁹ W. PROSSER, J. Wade & V. SCHWARTZ, *Torts. Cases and Materials*. 7ª ed. New York: Foundation Press, 1982, p. 560. Tradução livre: “*Punitive damages, sometimes called exemplary or vindictive damages, or “smart money”, consists of an additional sum, over and above the compensation of the plaintiff for the harm that he has suffered, which are awarded to him for the purpose of punishing the defendant, of admonishing him not to do again, and of deterring others from following his example.*”

⁷³⁰ “A indenização punitiva (...) consiste na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (punishment) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*) opondo-se - nesse aspecto funcional - aos *compesatory damages*, que consistem no montante indenizatório compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo”. MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*. Brasília, n. 28, jan./mar. 2005, p. 16.

⁷³¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 112.

A função punitiva, nesse sentido, traduz-se como eficiente fator de desestímulo, pautando-se na dissuasão de condutas ilícitas e antissociais por meio da punição do ofensor, na medida em que “a exacerbação da sanção pecuniária é fórmula que atende às graves consequências que de atentados à moralidade individual ou social podem advir. Mister se faz que imperem o respeito humano e a consideração social, como elementos necessários para a vida em comunidade”.⁷³²

Em que pese a resistência de boa parte da doutrina e da jurisprudência contra o caráter punitivo da responsabilidade civil, é inegável o potencial da referida função para revitalizar funcionalmente o instituto, dotando-lhe de um viés eminentemente preventivo.

Como bem anota PINTO MONTEIRO, quando menos, o debate sobre a função punitiva da responsabilidade civil reacende a necessidade de se reavaliar o seu papel e a sua própria função social:

Ora, se é certo que a responsabilidade civil prossegue, ainda que só mediata ou acessoriamente (...) uma *função social de dissuasão*, a simples reparação do dano causado não constitui, porém, frequentemente, uma resposta eficaz, de ordem preventiva, justamente por não ser esta a sua determinante. O que leva ao reconhecimento de que ‘há todo um domínio em que a pena privada é insubstituível: é o dos comportamentos anti-sociais que não são suficientemente graves ou facilmente perceptíveis (*saisissables*) para merecerem ser erigidos em delitos, mas em que a responsabilidade civil clássica é importante para desempenhar um papel dissuasor’ (...). Destaca-se, nesta linha – para lá do interesse que revestem a cláusula penal e a astreinte –, a importância da pena privada na proteção dos interesses difusos e como forma de incentivar o particular a acionar judicialmente o lesante (...), bem como, de modo especial, no âmbito da tutela dos direitos da personalidade (...), particularmente vulneráveis por parte de alguma imprensa ‘sensacionalista’, que não recua nos seus propósitos de lucro fácil e de promoção assegurada, até porque a eventual indemnização a pagar, nela incluída a compensação por danos não patrimoniais (...), não constitui, via de regra, uma medida bastante para *desencorajar* a prática desses ilícitos, ficando bastante aquém do proveito obtido pelo lesante. Trata-se, também aqui, aliás, de um domínio em que os *punitive damages*, do direito anglo-americano, são aplicados.⁷³³

De toda forma, sejam quais forem os critérios e os instrumentos acolhidos para se estabelecer tanto as hipóteses de incidência como os limites de atuação da função punitiva, não há mais razão lógica (muito menos ambiente social) para que

⁷³² BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 221.

⁷³³ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 659-663.

se continue a negá-la, prendendo-se o sistema jurídico civil às amarras de um pensamento político-ideológico superado, que resiste ou simplesmente ignora os reclamos de efetividade e pragmatismo do mundo globalizado do século XXI.

Como adiante se sustenta, contudo, faz-se necessária a atuação do legislador, no intuito de se definirem critérios objetivos (tanto quanto possível), condições, hipóteses e limites de atuação da função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil, para que sua disseminada aplicação jurisdicional atualmente verificada não represente afronta à garantia do devido processo legal.

Com efeito, embora certamente indispensável para a refundamentação preventiva da responsabilidade civil, a função punitivo-pedagógica não pode constituir mera liberalidade, muito menos abstração por parte dos tribunais, ainda que para instrumentalizar objetivos dos mais louváveis (reparação integral das vítimas e dissuasão contra a continuidade ou a repetição da violação dos direitos).

Para tanto, parece de todo pertinente que uma tal função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil seja atrelada à imposição de multas civis, cuja incidência típica ou atipicamente regulada pelo legislador, pode imprimir muito mais eficaz função dissuasória geral e, ao mesmo tempo, segurança jurídica relativamente aos fundamentos e os limites de imposição.

5.3.4.1 A criação de multas civis contra a violação dos direitos fundamentais e transindividuais: transposição adaptada do modelo das *punitive damages* para o sistema de justiça brasileiro

Como verificado, seja no âmbito da responsabilidade extracontratual, seja no campo da responsabilidade negocial, o emprego do mecanismo das multas civis pode representar poderoso instrumento dissuasório, capaz de, quando menos, impactar a tomada de decisões por parte dos possíveis agressores, seja no âmbito das relações privadas, seja, sobretudo, no que diz respeito à prevenção contra riscos concretos de danos e cautela contra riscos que, apesar de abstratos ou incertos, podem acarretar danos gravíssimos e irreversíveis à sociedade.

Por isso mesmo, preconiza-se, de *lege ferenda*, a previsão da incidência de multas civis, aplicáveis por via das ações de responsabilidade civil, individual ou coletivamente ajuizadas, pelas quais se passaria a autorizar expressamente o Poder

Judiciário a, em aferindo motivo razoável para repreender graves e injustificáveis violações de direitos essenciais, inerentes à personalidade e aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, punir os infratores com pena pecuniária, independente da reparação de eventuais danos constatados, suficiente para punir a conduta e ao mesmo tempo para imprimir prevenção contra a continuação ou a reiteração da infração.

Trata-se, em certa medida, da importação do modelo anglo-americano das *punitive damages*, com as devidas adaptações ao sistema de justiça brasileiro, mediante o necessário apartamento entre a sanção reparatória e a sanção punitiva: *aquela* calculada na extensão dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais constatados; *esta* mensurada de acordo com a gravidade, a censurabilidade e a espécie de direito violado.

A aplicabilidade da punição civil, por via de instrumentos tais como as *punitive damages*, costuma ser justificada e sustentada pela doutrina da *Law and Economics*, como forma de viabilizar efetividade e eficácia ao direito da responsabilidade civil, como destaca GAROUPA:

A visão mais tradicional da responsabilidade civil tem como preocupação primordial a compensação das vítimas. Esta visão é oposta à perspectiva económica. Não só a compensação das vítimas pode ser assegurada por sistemas alternativos mais eficientes, como pode não ter o impacto necessário para assegurar uma redução significativa do número de acidentes. Daí que a análise económica defenda a separação formal entre a indemnização a receber e a indemnização a pagar (*decoupling liability*) por forma a que ambas as partes, causador e vítima, tenham um comportamento eficiente. A diferença entre a indemnização a pagar e a indemnização a receber pode ser justificada pela imposição de uma indemnização punitiva (*punitive damages*) ou de uma indemnização ao Estado (*state awards*).⁷³⁴

Na medida em que se intenta, por via do mecanismo da multa civil, censurar, punir exemplarmente e evitar a reiteração da violação dos direitos fundamentais, diversos critérios poderiam ser levados em consideração para a implementação do referido sistema de multas, já a partir, como antes se verificou, daqueles atualmente previstos no ordenamento brasileiro.

A toda evidência, contudo, não se trata de propugnar a implementação de um sistema de multas civis aplicáveis aleatoriamente, em quaisquer hipóteses e em

⁷³⁴ GAROUPA, Nuno. *Combinar a Economia e o Direito. A análise económica do direito*. Disponível no endereço <http://cepejus.libertar.org/index.php/systemas/article/view/11/0>. Acessado em 05/04/2012.

favor dos autores das ações civis, o que certamente conduziria à mesma *mercantilização judicial* já há muito denunciada no sistema norte-americano, precisamente por conta da aplicação das *punitive damages*.

Ainda assim, para o objetivo ora propugnado, de grande valia se apresenta a experiência das cortes norte-americanas na aplicação das *punitive* ou *exemplary damages*. Usualmente, têm os tribunais americanos feito uso da punição civil em casos tais como, exemplificativamente no campo das relações de consumo, quando se demonstre que o demandado tinha específico conhecimento sobre o defeito do produto e o seu potencial lesivo, o que geralmente é inferido pelos testes empreendidos antes da comercialização dos produtos ou por via de relatórios de pós-venda, bem como pelas reclamações de consumidores.⁷³⁵

Tanto no sistema de justiça inglês (no qual originariamente surgiram) como no modelo norte-americano, as condenações a título de *punitive damages* foram concebidas, a princípio, com o escopo de compensar danos morais sofridos pelas vítimas, misturando-se as funções de compensação e punição, como recorda LOURENÇO:

Em 1760, algumas cortes inglesas começaram a explicar grandes somas concedidas pelos júris em casos graves como compensação ao autor por mental suffering, wounded dignity e injured feelings. Essa indenização adicional por dano à pessoa era referida como exemplary pelas cortes que justificavam a condenação, afirmando-se que as indenizações elevadas tinham por objetivo não só compensar o lesado pelo prejuízo intangível sofrido, mas também punir o ofensor pela conduta ilícita. Na verdade as funções compensatória e punitiva foram confundidas pelas Cortes inglesas e norte-americanas até meados do século XIX.⁷³⁶

Gradativamente, porém, a aplicação do instituto acabou sendo disseminado para o fim de punir e dissuadir a provocação de danos patrimoniais, tanto nos casos de condutas especialmente dolosas dos agentes infratores como nas hipóteses nas quais se demonstra a ocorrência da chamada “negligência grosseira”, quando então competia ao lesado comprovar tão somente o dano suportado e não a intenção do agente.

⁷³⁵ GEISTFELD, Mark A., Due process and the deterrence rationale for punitive damages" (2011). *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 311. http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/311, p. 111.

⁷³⁶ LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa: Coimbra Editora, v.XLIII, nº 2, 2002, p. 1076.

Atualmente, a imensa maioria dos Estados norte-americanos aplicam os *punitive damages*,⁷³⁷ cabendo a análise da aplicação e da determinação do *quantum* a júris populares⁷³⁸, compostos por cidadãos que devem levar em conta as específicas regras estaduais referentes à punição e dissuasão do ofensor.⁷³⁹

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América vem constantemente se debruçando sobre a doutrina das *punitive damages*, tendo já sedimentado algumas conclusões tanto em relação aos pressupostos para a sua aplicação como à sua quantificação, no intuito de conformá-la à *due process clause*.

Nesse sentido, conforme informa GEISTFELD,

A Suprema Corte norte-americana tem entendido que os demandados são protegidos contra as excessivamente altas indenizações punitivas por via da cláusula constitucional do devido processo. Para determinar quando uma indenização punitiva satisfaria o devido processo legal, os juízes devem avaliar o demandado sob três fatores: o grau de censurabilidade da conduta do réu, (2) a disparidade entre o real ou potencial dano suportado pelo autor e a indenização punitiva, e (3) a diferença entre a indenização punitiva atribuída pelo júri e as sanções civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes. (...) que, na prática, poucos prêmios superiores a uma proporção de um dígito entre danos morais e compensatórias, de forma significativa, irá satisfazer ao devido processo.⁷⁴⁰

⁷³⁷ Segundo informa MORAES, quarenta e seis (46) Estados norte-americanos admitem a aplicação dos *punitive damages*, as exceções são Massachusetts, Louisiana, Nebraska e New Hampshire. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 232.

⁷³⁸ "Tradicionalmente, o sistema jurídico norte-americano deposita grande importância no papel do júri para decidir questões relevantes, confiando neste como um guarantor of fairness, a bulwark against tyranny, and a source of civic values. Isso, apesar de terem sido (e serem) tantos e tamanhos os abusos, tão gritantes a "comercialização" e a ideologização dos casos judiciais no âmbito dos *punitive damages*, que uma suspeição generalizada erodiu a histórica confiança no papel do júri para tal mister". MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*. Brasília, n.28, jan./mar. 2005, p. 19.

⁷³⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas*. *Revista trimestral de direito civil*. v. 18 (abril/junho 2004). Rio de Janeiro: Padua, 2004, p. 57.

⁷⁴⁰ "The U.S. Supreme Court has held that defendants are protected against excessively high punitive damage awards by the Due Process Clause of the U.S. Constitution. To determine whether a punitive damages award satisfies due process, judges must evaluate the award in terms of three factors: (1) the degree of reprehensibility of the defendant's misconduct; (2) the disparity between the actual or potential harm suffered by the plaintiff and the punitive damages award; and (3) the difference between the punitive damages awarded by the jury and the civil penalties authorized or imposed in comparable cases. (...) The Court has held that, in practice, few awards exceeding a single-digit ratio between punitive and compensatory damages, to a significant degree, will satisfy due process." GEISTFELD, Mark A., *Due process and the deterrence rationale for punitive damages* (2011). *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 311. Disponível em http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/311, p. 112-113. Acessado em 01 de maio 2012.

Com base em similar racionalidade, com vistas à possível implementação de um sistema punitivo civil na Itália, destaca GALLO quatro possíveis pressupostos para o emprego da função punitiva da responsabilidade civil:

a) sempre que o comportamento ilícito tenha violado os direitos da vítima, sem causar danos a todos, ou pelo menos danos patrimoniais, nessas condições as principais funções da responsabilidade civil são a dissuasão e a punição, mais do que a compensação; b) quando o enriquecimento obtido ilicitamente é maior do que os danos; se o transgressor enriquecer-se como uma consequência do delito, ele deve ser obrigado a devolver todo o seu enriquecimento; caso contrário, ele seria induzido a considerar o dever de indenizar a vítima como um custo; em qualquer caso, a tão só compensação da vítima não seria suficiente para dissuadir o comportamento delituoso (subdissuasão); c) sempre que o prejuízo seja muito difuso (responsabilidade civil por produtos, poluição, responsabilidade civil em massa), e o malfeitor seja uma grande empresa (“deep pocket”); nessas condições, especialmente em situações de sub litigância, a compensação de apenas uma parte das vítimas não é suficiente para dissuadir o transgressor eficientemente; apenas as punitive damages podem induzir o fabricante a internalizar todo o custo social ligado à sua atividade; d) sanções privadas poderiam ser também úteis no domínio das ações penais de menor potencial; a redução progressiva da esfera do direito penal abriu o caminho para meios alternativos de dissuasão; isto é especialmente verdadeiro no domínio da protecção da pessoa, sua vida privada, honra, reputação, privacidade e assim por diante.⁷⁴¹

Mediante uma breve análise da jurisprudência nacional, como já antes demonstrado, pode-se afirmar que os tribunais nacionais, ao menos na prática, de certa forma já incorporaram a aplicação da doutrina das *punitive* ou *exemplary damages*, por vezes inclusive expressamente,⁷⁴² a título de punição exemplar e

⁷⁴¹ GALLO, Paolo. *Punitive damages in Italy?* Disponível em <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/Torts/Gallo-1997/gallo.doc>, acesso em 09 de março de 2012, p. 10. Tradução livre. “a) *whenever the wrongful behavior has infringed the rights of the victim without causing damages at all, or at least patrimonial damages; in these conditions the main functions of tort law is deterrence and punishment, rather than compensation*; b) *when the enrichment wrongfully obtained is higher than damages; if the wrongdoer enrich himself as a consequence of the tort, he should be compelled to give back his whole enrichment; otherwise he would be induce to consider the duty to compensate the victim such as a cost; in any event the only compensation of the victim wouldn't be enough to deter the wrondful behavior (underdeterrence)*; c) *whenever the loss is very spread (products liability, pollution, mass torts), and the wrongdoer is a big company (deep pocket); in these conditions, especially in situations of underlitigation, the compensation of only part of the victims is not enough to deter efficiently the wrongdoer; only punitive damages can induce the manufacturer to internalise the whole social cost connected to his activity*; d) *private sanctions could be also useful in the field of small criminal claims; the progressive reduction of the sphere of penal law has opened the way to alternative means os deterrence; this is especially true in the field of the protection of the person, his private life, honour, reputation, privacy, and do on.*”

⁷⁴² Veja-se, nesse sentido, a expressa referência à importação da doutrina das *punitive damages* feita em julgamento de ação indenizatória julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo/SP, referendado pelo STJ na análise do REsp 1127484/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 23/03/2011: “O dano moral, além disso, não se presta só à recomposição (possível) do impacto psicológico, mas funciona como fator de

dissuasão contra a reincidência, agravando o valor das compensações por danos extrapatrimoniais quando verificam justificativas plausíveis.⁷⁴³

Todavia, uma tal prática parece não ser nem satisfatória, nem adequada ao sistema brasileiro de justiça, na medida em que, como mera “prática”, não consegue suscitar a desejável dissuasão de forma sistemática gerando, ainda, possíveis controvérsias quanto à violação das garantias constitucionais da legalidade,⁷⁴⁴ da tipicidade⁷⁴⁵ e do devido processo legal.⁷⁴⁶

Nesse sentido, em que pese o Superior Tribunal de Justiça ter chamado para si o controle da razoabilidade e da proporcionalidade do agravamento das compensações pecuniárias por danos morais⁷⁴⁷ (o que representa certamente um controle relativo ao devido processo legal, que lhe foi relegado pelo Supremo Tribunal Federal ao entendimento de que alegações de violação do *due process* traduziriam apenas lesão reflexamente constitucional),⁷⁴⁸ parece de todo adequado

desestímulo a conduta assemelhada por parte de prepostos da Apelante no futuro. Esse o propósito do instituto dos “punitive damages” do direito anglo saxônico, que tem plena aplicabilidade ao caso destes autos”.

⁷⁴³ Os precedentes se multiplicam nesse sentido: “RESPONSABILIDADE CIVIL - TROCA DE CADÁVERES. ATRASO NO SEPULTAMENTO - DANO MORAL - QUANTUM - VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DELINEADAS SOBERANAMENTE PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA - IMPOSSIBILIDADE. 1. Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dúplici função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir (...). AgRg no Ag 1251348/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 25/05/2010.

⁷⁴⁴ Art. 5º, II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

⁷⁴⁵ Art. 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

⁷⁴⁶ Art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

⁷⁴⁷ Como exemplo de um tal controle, anote-se: “A aplicação irrestrita das “punitive damages” encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002. Assim, cabe a alteração do quantum indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça”, AgRg no Ag 850.273/BA, Rel. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, Quarta Turma, julgado em 03/08/2010, DJe 24/08/2010. “O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior, na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como para que sirva de desestímulo ao ofensor na repetição de ato ilícito”, REsp 401.358/PB, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias, Quarta Turma, julgado em 05/03/2009, DJe 16/03/2009.

⁷⁴⁸ Conforme já assentou o STF, “A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivos infraconstitucionais torna inadmissível o recurso extraordinário. Precedentes: RE 596.682, Rel. Min. Carlos Britto, DJe de 21/10/10, e o AI 808.361, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 08/09/10. 2. Os princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da motivação das decisões judiciais, bem como os limites da coisa julgada, quando a verificação de sua ofensa dependa do reexame

estabelecer-se uma sistematização do assunto no plano legislativo, sobretudo por se tratar de imposição de hipótese de sanção, a exigir regulação prévia e própria.⁷⁴⁹

Assim, a partir da conjugação de critérios claros como os referidos, competiria ao legislador autorizar expressamente a imposição de multa civil, a ser possivelmente cumulada com a indenização por danos materiais e com a compensação por danos extrapatrimoniais, individuais, coletivos ou difusos, na medida em que com elas não pode ser confundida.⁷⁵⁰

Com efeito, não sendo lógico confundir-se tal agravamento da condenação pecuniária com qualquer espécie de reparação, a toda evidência trata-se de sanção civil distinta, que mereceria expresso e cuidadoso tratamento legislativo, capaz de

prévio de normas infraconstitucionais, revelam ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a abertura da instância extraordinária. Precedentes: AI 804.854-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 24/11/2010 e AI 756.336-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 22/10/2010.”

⁷⁴⁹ Interessante discussão a respeito da aplicação da multa civil no Brasil foi suscitada a partir da previsão do art. 12 da Lei n.º 8.429/92, que pune os atos de improbidade administrativa mediante multas cujos valores podem variar de acordo com a gravidade do ato e a culpabilidade do agente. Ocorre que a Constituição Federal de 1988, ao encarregar o legislador ordinário da tarefa de regulamentar a respectiva ação, determinou que “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (art. 37, §4º)”. Assim, na medida em que o texto constitucional não mencionou dentre as sanções cabíveis a multa civil, suscitou-se a possível inconstitucionalidade da referida disposição da lei ordinária, por usurpação de atribuição constitucional e por violação ao princípio do devido processo legal. Apreciando tal alegação, o Supremo Tribunal Federal assim decidiu: “EMENTA: AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MULTA CIVIL. ARTIGO 12, III, DA LEI 8.429/92. As sanções civis impostas pelo artigo 12 da Lei n. 8.429/92 aos atos de improbidade administrativa estão em sintonia com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública. Agravos regimentais a que se nega provimento”. RE 598588, AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, j. 15/12/2009, DJe-035 26/02/2010. Do voto do Ministro Relator, extrai-se ainda que: “A tipificação de ilícitos penais, civis e administrativos e a cominação das respectivas sanções constituem matéria de competência do legislador infraconstitucional, cuja atuação, porquanto se paute, obviamente, por balizas definidas pela Constituição Federal, não se esgota na interpretação literal que se faça de seu texto. As sanções civil cominadas pela Lei nº 8429/92, em seu artigo 12 aos atos de improbidade administrativa tipificados em seus artigos 9º, 10 e 11, estão em sintonia com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, e visam não só ao ressarcimento do patrimônio público material, mas também à recomposição do patrimônio público moral.”

⁷⁵⁰ Recentemente, contudo, em julgamento proferido pelo STJ, expressamente reconheceu a Corte a natureza de verdadeira “multa” à imposição de condenação por danos morais coletivos, como se destaca: “A atribuição do valor da multa por dano moral coletivo foi devidamente justificada e fundamentada pelo Tribunal de origem, e não se apresenta como exorbitante, tampouco irrisória; logo, a revisão de tal valor está vedada pelo teor da Súmula 07/STJ. Precedentes. Quanto às demais penalidades, consistentes na multa aplicada por dano moral coletivo, bem como a obrigação de publicar o teor da decisão em jornais, cabe notar que o recurso fundou-se em dispositivos não prequestionados. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido”, (REsp 1203573/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 13/12/2011, DJe 19/12/2011).” Trata-se, à evidência, de subversão indesejável, na medida em que não há que se confundir multa civil com compensação por danos morais, sejam eles caracterizados como individuais ou coletivos.

definir as hipóteses de incidência, pressupostos, limites e, sobretudo, destinação dos recursos.

Assim, como ilustração de um possível modelo de sanção pecuniária autônoma em relação à eventual reparação de danos, como antes já apontado, o Projeto de Lei n.º 5.139/2009, que objetiva disciplinar um novo modelo de processos coletivos no país, expressamente prevê a possibilidade de se combater o enriquecimento ilícito daqueles que causam danos aos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, mediante uma condenação própria, distinta daquela inerente à reparação dos prejuízos causados à sociedade.

Com efeito, para além de enunciar como princípios do processo coletivo a “tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos individuais e coletivos bem como punição pelo enriquecimento ilícito” (art. 3º, IV), referido Projeto de Lei ainda instrumentaliza tais objetivos, mediante diversas técnicas processuais preventivas (inibitórias) e repressivas, dentre as quais, a “liquidação e o cumprimento da sentença coletiva quanto à indenização pelos danos globalmente sofridos pelos membros do grupo, sem prejuízo do correspondente ao enriquecimento ilícito do réu.”⁷⁵¹

Uma das grandes vantagens do sistema de tutela coletiva já existente no Brasil, como antes já mencionado, diz respeito à destinação das condenações pecuniárias por danos aos direitos ou interesses transindividuais a Fundos Reparatórios, com o que se afasta qualquer alegação a respeito de eventual locupletamento ilícito de vítimas ou sucessores com o agravamento das indenizações por danos morais coletivos ou mesmo, acaso implementada, com a aplicação da multa civil.⁷⁵²

⁷⁵¹ Art. 44. Em caso de sentença condenatória genérica de danos sofridos por sujeitos indeterminados, decorrido o prazo de 1 (um) ano contado do trânsito em julgado da sentença coletiva, poderão os legitimados coletivos, em função da não habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano ou do locupletamento indevido do réu, promover a liquidação e o cumprimento da sentença coletiva quanto à indenização pelos danos globalmente sofridos pelos membros do grupo, sem prejuízo do correspondente ao enriquecimento ilícito do réu.

⁷⁵² Na doutrina italiana, Paolo GALLO defende que as próprias vítimas do ilícito se beneficiem do produto das penas privadas: “Sempre que alguém infringe os direitos de outra, ele deveria ser compelido a pagar os danos, ou ao menos uma pena, diretamente à vítima do seu comportamento. Isto é especialmente verdadeiro no campo da proteção da pessoa, sua vida privada, honra, privacidade e outros. Nestes casos, se a soma da pena é corretamente determinada com referência à gravidade da conduta, o elemento subjetivo do ofensor e o enriquecimento obtido como consequência da violação, somente a parte prejudicada poderia ser qualificada para adquirir a soma”. GALLO, Paolo. *Punitive damages in Italy*. Disponível em <http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/Torts/Gallo-1997/gallo.doc>, acesso em 09 de março de 2012, p. 14-15. Tradução livre. “*Whenever someone infringes the rights of another, he should be compelled to pay damages, or at least a penalty, directly*

Assim, na medida em que o proveito econômico da imputação de multas civis fosse revertido em prol de toda a sociedade, por via de Fundos Reparatórios tal como os já existentes, bastaria um melhor esclarecimento acerca das hipóteses de incidência e formas de quantificação para que passassem a constituir instrumento inibitório eficaz, capaz de dissuadir a reiteração ou continuidade da violação aos direitos essenciais, individuais ou transindividuais.

Anote-se nesse sentido, apenas como provocação, que seria inclusive possível sustentar que, mesmo nas ações de responsabilidade civil individualmente propostas, eventual pretensão de agravamento das condenações pecuniárias por danos patrimoniais e extrapatrimoniais, por força da gravidade das lesões provocadas e da profunda culpabilidade do agente, já poderia ser instrumentalizada como espécie de multa civil punitiva, a ser destinada pelos magistrados não às vítimas individualmente consideradas (para se afastar o argumento do enriquecimento sem causa), mas aos Fundos de Danos Difusos (Federal ou Estaduais), na medida em que, no que diz respeito à função punitivo-pedagógica que se deseja inculcar nos responsáveis, percebe-se genuíno interesse ou direito difuso (transindividual, indivisível e de que são titulares pessoas indeterminadas ou indetermináveis – nos termos do art. 81, par. único da Lei n.º 8.078/90), a justificar a remessa da quantia estimada para tal finalidade aos referidos Fundos.

Se a reparação dos danos, muitas vezes, sequer consegue cumprir seu tradicional papel de proporcionar a restituição à vítima, tanto quanto possível, ao estado anterior ao da violação do direito, parece evidente que, com muito mais razão, não pode se apresentar como sanção capaz de infligir coerção a quem quer que seja, no sentido de se comportar responsavelmente no presente e no futuro. O temor quanto a uma futura e eventual incidência da sanção reparatória, por si só, não representa adequada dissuasão para instrumentalizar a responsabilidade civil preventiva que ora se sustenta, e que invoca a necessidade do redimensionamento da própria compreensão ética da responsabilidade, que passa pela implementação das penas privadas (como as multas civis), como destaca PINTO MONTEIRO:

to the victim of his behaviour. This is especially true in the field of the protection of the person, his private life, honour, privacy, and so on. In these cases, if the amount of the penalty is correctly determined by reference to the gravity of the behaviour, the subjective element of the wrongdoer, and the enrichment obtained as a consequence of the violation, only the injured party should be entitled to the awarded sum."

O que a questão da pena privada implica, no mínimo, é o reacender do debate sobre o sentido e as tarefas que competem à responsabilidade civil e a respeito das vias ao seu alcance. À propalada crise com que ela se debate, de há alguns anos a esta parte, não será decerto estranho um excesso de inputs, pedindo-se-lhe que dê resposta a múltiplos fins, por vezes contraditórios: com efeito, reparar o lesado, repartir perdas, distribuir riscos, punir o lesante, prevenir comportamentos ilícitos, controlar a actividade de produção, assegurar o respeito da pessoa humana, etc., são tarefas numerosas e difíceis de harmonizar entre si, cuja realização ameaça o sentido e a unidade do instituto.

(...) Importa sublinhar, todavia, para concluir, que é outra a nota que desperta a atenção quando se fala da pena privada, contrapondo-a à indemnização. Do que se trata, neste caso, é de chamar a atenção para a necessidade 'de recuperar (...) o momento de prevenção', diluído que está, por efeito de um progressivo afunilamento da responsabilidade civil para soluções de cariz objectivo e para as esferas do seguro e da segurança social (...); ou, se se preferir, o que está em causa, afinal, é reagir contra um sistema que se perspective 'apenas pela vítima e o dano, com total abstracção não só da diferenciação causal na produção deste, mas inclusivamente do agente, da sua culpa (qualquer que seja, grave ou leve) e mesmo da sua responsabilidade geral'. O apregoado renascimento da pena privada mais não traduzirá, assim, em primeiro lugar, do que a reacção de alguma doutrina contra o aniquilamento da função preventivo-sancionatória da responsabilidade civil e o progressivo alheamento desta perante a conduta do lesante. Aproveitando esse espaço em branco, o segundo passo é o de que a indemnização – limitada que está pelo valor do dano causado – não constitui, de *per se*, medida idónea a dar guarida à finalidade preventivo-sancionatória, razão por que a pena emergiria, a seu lado, em certos domínios e perante comportamentos especialmente graves, como a única resposta eficaz e verdadeiramente responsabilizante. O que implicará, quer um acentuar do fundamento ético-jurídico da responsabilidade civil (...), quer, paralelamente, o emergir do direito civil cada vez mais como direito constitucional das pessoas.⁷⁵³

Seja como for, o tema relativo à implementação das multas civis força a própria discussão a respeito dos caminhos que deseja trilhar o direito de responsabilidade civil no Brasil. Se, como tudo leva a crer, pretende funcionalizar-se com o objetivo de prestar a mais adequada e eficaz proteção dos direitos, necessariamente não pode prescindir da função punitivo-pedagógica, que pode ser implementada pela punição civil desatrelada da sanção indenizatória.

⁷⁵³ PINTO MONTEIRO, Antonio. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 659-663.

CONCLUSÃO

A hipótese essencial a partir da qual se originou a presente pesquisa diz respeito à insuficiência e à insatisfatoriedade do fundamento exclusivamente repressivo que alicerça e justifica o Direito da responsabilidade civil, inapto para regular adequadamente as relações sociais de uma época marcada pela transcendência das fronteiras, das titularidades e dos danos.

Muito embora o dano sempre tenha constituído, ao longo da história, objeto absolutamente central do Direito da responsabilidade civil, a preocupação com a sua mera repressão por via de renovados mecanismos *curativos* parece não mais bastar, diante das novas realidades sociais, econômicas, políticas e técnicas que se transmudam com cada vez maior velocidade, a exigir dos sistemas de justiça respostas dinâmicas e condizentes com os anseios constitucionais dos Estados Sociais, referentemente à *inviolabilidade* dos direitos fundamentais individuais e transindividuais.

A partir de tais premissas, o redimensionamento do Direito da responsabilidade civil passa a ser condição da afirmação da sua própria constitucionalidade e legitimidade político-institucional no Estado Social, na medida em que também o Direito Privado assume compromissos com a possível concretização dos direitos essenciais do ser humano. Se assim é, tão só a repressão à violação dos direitos e à consequente produção de danos, por melhor que seja atuada, não pode evidentemente representar razoável resposta do sistema de justiça.

Não se trata de apenas lamentar o “estado da arte”, expondo um panorama de crise da responsabilidade civil que, por outro lado, não deixa de lhe ser inerente, como fenômeno implementado por uma ciência social tal como o Direito que, por paradoxal que seja, adquire estabilidade por meio de constantes transformações.

Muito mais do que isso, trata-se de apontar meios pelos quais a responsabilidade civil pode vir a ser (re)funcionalizada, com o objetivo de cumprir não mais apenas com suas tradicionais e aparentemente restritas funções de regulação de relações interprivadas, mas, igualmente, com suas funções sociais que, a despeito de ainda renegadas pela doutrina liberal, possuem assento constitucional, ao menos no Brasil.

Para que um tal redimensionamento seja possível, a tese inicialmente procurou justificar e demonstrar como pode se operar a refundamentação do instituto, a partir da chamada “responsabilidade civil preventiva”, preocupada e comprometida com a proteção da integralidade dos direitos e com uma possível detenção da ocorrência de danos sociais ou individuais graves e irreversíveis.

Sustentam-se, assim, diferentes ópticas pelas quais deve ser compreendido e formatado todo sistema de responsabilidade civil: *i)* a tradicional responsabilidade repressiva, voltada à análise do passado e preocupada em vibilizar a melhor proteção possível às vítimas, intentando a reconstituição *in natura*, a restituição em espécie ou em pecúnia dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais por elas suportados; e *ii)* a responsabilidade preventiva, voltada para o futuro e preocupada com a não violação de direitos essenciais e de respectivos danos que, em se revelando absolutamente impassíveis de qualquer tipo de conversão econômica, simplesmente não comportam outra espécie de proteção a não ser a inibitória.

A responsabilidade civil preventiva, longe de negar ou mesmo diminuir a imprescindível e tradicional função reparatória do instituto, abre renovadas perspectivas de atuação do sistema de justiça, sobretudo por via da tutela inibitória, pela qual se objetiva evitar a ocorrência ou a reiteração da ilicitude, ou a continuidade dos seus efeitos.

Muito embora seja inegável que a noção de prevenção de danos sempre esteve mais ou menos presente no âmbito da responsabilidade civil, não é menos correto que uma tal função preventiva sempre foi tratada de forma meramente indireta, reflexa ou eventual. A partir dessa constatação, e assumindo a premissa de que a exurgência de novas realidades sociais impõe a assunção da prevenção como novo fundamento da responsabilidade civil, a pesquisa procurou apresentar caminhos que oportunizassem um redimensionamento do instituto, inclusive por via da releitura do próprio conceito de *responsabilidade*.

Com efeito, o desenvolvimento da responsabilidade civil preventiva passa precipuamente pela revisão conceitual do que representa “ser responsável” na contemporaneidade, demonstrando-se a necessidade de uma *visão ética da responsabilidade*, comprometida com a proteção dos valores existenciais do ser humano do presente e do futuro, sob pena de uma insuficiente e insatisfatória visão restritiva e retrospectiva da vida social, mantida refém do passado.

Para além da revisão conceitual da própria noção de responsabilidade, foi igualmente necessário visitar o conceito dos tradicionais elementos estruturantes do sistema da responsabilidade civil, designadamente, a ilicitude, a culpabilidade, o dano e o dever de indenizar, na medida em que comumente empregados equivocadamente, constituindo, assim, verdadeiro óbice ao adequado funcionamento do sistema de justiça civil, tanto repressivo como preventivo.

Nesse sentido, com base na doutrina da tutela inibitória, a pesquisa demonstrou a imprescindibilidade de se apartarem os conceitos de ilicitude e culpabilidade, indevidamente unificados pela ideologia racionalista do Estado Liberal, gerando evidentes e graves distorções quando da concreta tentativa de tutela jurisdicional dos direitos.

Ainda, intentou-se demonstrar de que forma o tratamento meramente repressivo dos danos, aparentemente tutelados apenas por via da garantia constitucional da *restitutio in integrum* das vítimas, é responsável pela inaceitação ou pura inobservância das possibilidades de atuação da responsabilidade civil preventiva.

Como se demonstrou, se a noção *patrimonialista* de dano regeu, confinou e conformou a implementação do sistema repressivo de responsabilidade civil, a gradativa mutação das próprias características quantitativas e qualitativas dos danos a que as pessoas passaram a ser expostas, a partir dos fenômenos da industrialização, da massificação e da globalização, não parece ser mais possível relegar a funcionalidade do direito da responsabilidade aos vetustos contornos patrimonialistas do Estado Liberal.

Indispensável, para tanto, que se levem em consideração as características inerentes aos Direitos Fundamentais, abrangendo os Direitos da Personalidade e os Direitos Coletivos em sentido amplo, cuja proteção preventiva se apresenta como absolutamente prioritária no Estado Social, garantidor da dignidade da pessoa humana.

Justamente por conta da assimilação da substancial transformação das espécies de danos, cujas projeções podem hoje não mais encontrar barreiras espaciais ou temporais, a refundamentação da responsabilidade civil preventiva foi sustentada por via da internalização dos princípios da *prevenção* e da *precaução*, que comportam aplicação cada vez mais acentuada na medida em que buscam

dimensionar concreta ou abstratamente os riscos, antecipando prováveis ou possíveis lesões decorrentes da violação de determinados interesses ou direitos.

Dessa forma, seja orientando o legislador (para a implementação de normas protetivas de direitos ou interesses que justifiquem, por sua essencialidade e para sua tutela, a determinação de deveres de atuação ou de abstenção por parte de seus destinatários), seja orientando os magistrados (quando do exercício da função jurisdicional e da eventual implementação das técnicas processuais preventivas – destacadamente a inibitória), referidos princípios se apresentam como renovados fundamentos aptos a ampliar e aprofundar o direito da responsabilidade civil, passando a conformá-lo e operacionalizá-lo não apenas com vistas ao passado, mas também com vistas ao futuro.

Pautada na ideia segundo a qual a eficiência do direito da responsabilidade civil seria medido não pela sua predisposição em reparar adequadamente os danos, mas, antes, em conseguir prevenir a ocorrência da violação dos direitos e os consequentes danos, a doutrina da análise econômica do direito foi investigada, em termos especulativos, objetivando-se verificar a utilidade da racionalidade econômica para a refundamentação da responsabilidade civil preventiva.

Demonstraram-se as razões pelas quais o diálogo entre Direito e Economia é considerado costumeiramente turbulento, acima de tudo por conta do multifacetário fenômeno jurídico, fundado em primados de justiça muitas vezes incompatíveis com a própria concepção de eficiência que constitui a base da pretensão instrumentalista preconizada pela *law and economics*.

Concluiu-se, no entanto, que apesar dos aparentes antagonismos filosóficos entre as duas ciências sociais, não cumpre ao Direito fazer uma leitura de pura eficiência econômica das relações jurídicas o que, contudo, não retira ou diminui a relevância da análise econômica do direito para orientar a estruturação do sistema de justiça, pautando-se nos modelos mais racionais e pragmaticamente funcionais, sobretudo quando afastada a duvidosa premissa de uma suposta neutralidade da ciência econômica relativamente aos valores sociais, tão caros seja aos juristas, seja aos economistas.

No que interessa ao aprimoramento do sistema de responsabilidade civil, a racionalidade de eficiência econômica consegue demonstrar de que forma é possível ao Direito reger as relações sociais por meio da implementação de incentivos e desincentivos não apenas para oportunizar os melhores métodos de

indenização mas, também, para a prevenção dos danos, na medida em que o benefício social representado pela aplicação das regras de responsabilidade civil não é o de compensar a vítima, mas sim, o de evitar ou dissuadir condutas que possam causar acidentes.

Fixadas as bases conceituais e os pressupostos para a atuação da responsabilidade preventiva, passou-se a analisar como o fundamento da prevenção já vem sendo internalizado dentro do sistema da responsabilidade civil, tanto extracontratual como também negocial. Nesse sentido, analisaram-se as relações obrigacionais “como processo”, vale dizer, a partir de uma perspectiva dinâmica que as funcionaliza em face dos princípios da cooperação e da boa-fé objetiva, impondo aos sujeitos correlacionados um agir pautado na solidariedade e na lealdade, consubstanciadas nos chamados deveres laterais ou anexos.

Apesar de a responsabilidade civil preventiva ser eminentemente estudada no âmbito das relações extracontratuais, a notória tendência de aproximação entre os sistemas de responsabilidade civil negocial e extracontratual propicia uma análise igualmente aproximada, sobretudo na medida em que se passa a enxergar o princípio do *neminem laedere* não apenas como gerador de uma *obrigação*, mas também como autêntico *dever jurídico* a todos imposto.

Por fim, a pesquisa sustentou a criação de mecanismos inibitórios materiais que, ao lado da tutela processual, podem construir adequadamente a refundada responsabilidade civil preventiva.

Muito embora a doutrina da tutela inibitória tenha sido criada e difundida pelos processualistas, sendo o seu emprego judicial uma grata realidade para a adequada proteção da integralidade dos direitos em alguns sistemas de justiça como o italiano e sobretudo o brasileiro, isso não implica dizer que referida tutela deva ser considerada eminentemente processual.

Ao inverso, defendeu-se que a pretensão de tutela preventiva (inibitória) dos direitos origina-se ou deriva da sua própria criação, sendo, portanto, compromisso do ordenamento jurídico substancial, muito antes e independentemente de qualquer intervenção jurisdicional, a criação de mecanismos adequados para a prevenção dos danos. Daí a menção à chamada *tutela inibitória material*, compreendida como proteção concebida e viabilizada pelo próprio direito material, no intuito de, tanto quanto possível e razoável, implementar mecanismos de “autodefesa” contra possíveis violações e, ao mesmo tempo, de concretização dos comandos

normativos que lhes são inerentes, tudo na perspectiva da mais ampla tutela dos direitos.

Nessa perspectiva de empreendimento da tutela inibitória material, alguns mecanismos ou instrumentos inibitórios materiais foram propugnados pela pesquisa, de operacionalização de *lege lata* e ou de *lege ferenda*.

Inicialmente, suscitou-se uma renovada análise da autorização do emprego da *autotutela*, a partir da possível abertura do sistema do Direito Privado para a *autodefesa*, capaz de fundamentar expressivamente a proteção inibitória material dos direitos e, em especial, dos direitos fundamentais. Essa abertura à autodefesa no campo do Direito Privado se deve, segundo sustentado, à inserção dos artigos 12, 249, par. único e 251, par. único, todos do Código Civil brasileiro de 2002 que, se sistemática e teleologicamente interpretados, viabilizam uma verdadeira tutela inibitória dos direitos ligados à personalidade e aos correlatos às obrigações de fazer e de não fazer.

Arelada à autorização da autotutela para a proteção dos direitos fundamentais, ainda soma-se a ideia de ressarcimento pelas chamadas “despesas preventivas”, assim consideradas aquelas despendidas razoável e ponderadamente para evitar danos certos, prováveis ou iminentes, tal como já previsto, no âmbito da União Europeia, no campo da responsabilidade ambiental, pela aplicação na Diretiva 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, segundo a qual “O operador que cause danos ambientais ou crie a ameaça iminente desses danos deve, em princípio, custear as medidas de prevenção ou reparação necessárias”.

Outro mecanismo inibitório material sustentado pela pesquisa, inclusive com apoio na racionalidade da análise econômica do direito, diz respeito à imputação objetiva da responsabilidade, viabilizada também por meio da redefinição da aferição (presumida) do nexo de causalidade gerado a partir da ação ou da omissão do agente considerado responsável, que constitui relevante mecanismo capaz de instrumentalizar adequadamente tanto a tradicional responsabilidade repressiva (facilitando a reparação de toda ordem de danos suportados pelas vítimas), como a preventiva.

No que diz respeito à responsabilidade civil preventiva, a imputação objetiva foi defendida por propiciar maior efeito dissuasório geral (já por via da chamada “função normativa” da responsabilidade), para além de identificar e individualizar o

responsável pela não violação dos direitos, a quem se pode imputar, aprioristicamente, a observância de deveres de prevenção e de precaução.

Trata-se, pois, de enxergar como tais técnicas podem auxiliar a obtenção da desejada tutela inibitória (contra a violação dos direitos), tanto já a partir da mera previsão normativa (tutela inibitória material) como, acaso necessária, a tutela jurisdicional preventiva (tutela inibitória processual).

Por fim, foi analisada a sempre palpitante temática das chamadas “penas privadas”, designadamente as multas civis, cuja incidência no sistema de responsabilidade civil preventiva parece ser imprescindível.

A partir da distinção entre sanção reparatória e sanção punitivo-pedagógica, inicialmente criticou-se a atual prática dos tribunais nacionais relativamente ao agravamento das indenizações por danos extrapatrimoniais, expressamente justificadas para fins punitivos e dissuasórios.

Por outro lado, a partir da análise da doutrina das *punitive* ou *exemplary damages* do sistema norte-americano, sustentou-se a necessidade de uma importação adaptada desses mecanismos de punição civil, avaliados como necessários para a efetiva implementação da responsabilidade civil preventiva.

Com efeito, tal como demonstrado, seja no campo da responsabilidade negocial, seja no campo das relações extracontratuais, o emprego do mecanismo das multas civis pode representar poderoso instrumento dissuasório, capaz de, quando menos, impactar a tomada de decisões por parte dos possíveis agressores, seja no âmbito das relações privadas, seja, sobretudo, no que diz respeito à prevenção contra riscos concretos de danos e cautela contra riscos que, apesar de abstratos ou incertos, podem acarretar danos gravíssimos e irreversíveis à sociedade.

Por isso mesmo, preconizou-se, de *lege ferenda*, a previsão da incidência de multas civis, aplicáveis por via das ações de responsabilidade civil, individual ou coletivamente ajuizadas, pelas quais se passaria a autorizar expressamente o Poder Judiciário a, em aferindo motivo razoável para repreender graves e injustificáveis violações de direitos essenciais, inerentes à personalidade e aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, punir os infratores com pena pecuniária, independente da reparação de eventuais danos constatados, suficiente para punir a conduta e ao mesmo tempo para imprimir prevenção contra a continuação ou a reiteração da infração.

Quanto à destinação do produto de tais multas civis, com base no atual sistema de Fundos Reparatórios de danos transindividuais, sustentou-se a possibilidade de que, já de *lege lata*, eventual majoração da indenização por danos extrapatrimoniais, justificados na necessidade da imputação de um sentido punitivo-pedagógico para o ofensor, seja remetida para os Fundos Federal ou Estaduais, tendo em vista a natureza difusa do interesse dissuasório que fundamenta a punição. Desta forma, para além de a multa civil propugnada poder cumprir uma autêntica função social, ainda possui a vantagem de evitar o enriquecimento ilícito das vítimas, às quais é devida a integral indenização na medida da extensão dos danos suportados.

Como se procurou demonstrar por meio da presente pesquisa, a constante busca pelo aprimoramento do direito da responsabilidade civil não pode deixar de ser pautada pela necessidade de funcionalização do instituto em relação aos anseios sociais de efetiva proteção não apenas repressiva, mas também preventiva dos direitos. Para tanto, faz-se imprescindível o abandono ou a flexibilização de velhos paradigmas científicos ligados a épocas diversas e já muito distantes da atual mas que, apesar disso, ainda constituem importantes empecilhos, seja para o profícuo debate doutrinário, seja para as possíveis alterações legislativas preconizadas ao longo desta tese.

A responsabilidade civil preventiva, muito mais do que mera ideia, surge assim como renovado paradigma a refundamentar o direito da responsabilidade, aliando o velho ao novo e assumindo o compromisso de oferecer resposta mais adequada e eficiente para uma sociedade que, precisando atuar para evitar danos gradativamente mais devastadores e irreparáveis, não deseja e nem se conforma em ser tutelada apenas na medida de sua vitimização.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 6ª ed., v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 6ª ed., v.2. Belo Horizonte: Forense, 1979.
- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 9ª ed., v. I e II. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- AGUIAR DIAS, José de. *Responsabilidade civil em debate*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- ALCALÁ-Zamora Y CASTILLO. *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988.
- ALCALÁ-Zamora Y CASTILLO. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALPA, Guido. Colpa e responsabilità nell'analisi economica del diritto. *Analisi economica del diritto privato*. Milano: Giuffrè Editore, 1998.
- ALPA, Guido. Interessi diffusi. *Revista de Processo*, n.º 81, ano 21, jan.-mar., 1996.
- ALPA, Guido. *Responsabilità civile de danno: lineamenti e questioni*. Bologna: Il Mulino, 1991.
- ALPA, Guido e BESSONE, M. *La responsabilità civile: una rassegna di dottrina e giurisprudenza*. Torino: UTET, 1987.
- ALTERINI, Señalaba Atilio A. *Contornos actuales de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1987.
- ALTHEIM, Roberto. *Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro – Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Luiz Claudio Carvalho de. A repetição do indébito em dobro no caso de cobrança indevida de dívida oriunda de relação de consumo como hipótese de aplicação dos *punitive damages* no direito brasileiro –, Revista de Direito do Consumidor, n. 54. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984

ALVINO, Lima. Da culpa ao risco. Rio de Janeiro: *Revista Forense*, v. 83, 1940.

ALVINO, Lima. *Culpa e Risco*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Estudos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

ARAÚJO, Fernando. *Adam Smith. O conceito mecanicista de Liberdade*. Coimbra: Almedina, 2001.

ARAÚJO, Fernando. *Análise económica do direito: programa e guia de estudo*. Coimbra: Almedina, 2008.

ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica dos contratos*. Coimbra: Almedina, 2007.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. Trad. Sérgio Bath. 4ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1993.

ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva & Cia, 1947.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

AZEVEDO, Junqueira de. Caracterização jurídica da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 9, jan./marc. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BACH, Louis. Fondement de la Responsabilité en Droit Français. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, nº 01, janvier-mas, LXXV. Paris: Sirey, 1977.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BAPTISTA, Silvio Neves. *Teoria geral do dano: de acordo com o novo código civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2003.

BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1964.

BARROSO, Luiz Roberto. Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Tepedino, Gustavo (org.). São Paulo: Atlas, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Interesse Público*, nº 46, p. 31-62. Disponível em: www.lrbarroso.com.br/web/pt/profissionais/advogados/roberto. Acesso em 09 de Marc., 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. T. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BATTESINI, Eugênio. *Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. São Paulo: LTr, 2011.

BATTESINI, Eugênio e BALBINOTTO, Giacomio. *História do pensamento em direito e economia revisitada: conexões com o estudo da responsabilidade civil no Brasil*, 2010. Disponível em <http://escholarship.org/uc/item/7cj6p5hg>. Acesso em 09 Mar. 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BENJAMIN, Antonio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Responsabilidade civil*, v. 7 – Direito ambiental. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BENTHAM, Jeremy. *Introdução aos princípios da moral e legislação*, Trad. Luiz João Baraúna. 3ª ed. São Paulo: Abril cultural, 1984.

BENUCCI, Edoardo Bonasi. Atto illecito e concorrenza sleale, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957.

BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. v. 1, Milano: Giuffrè, 1953.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito das obrigações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista do Direito do consumidor*, v. 12. São Paulo, Out.-Dez. 1994.

BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civil*. v. 05. *La responsabilità*. Milano: Giuffrè, 1994.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *As Ideologias e o Poder em Crise*. 4ª ed. Trad. João Ferreira. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura a função – novos estudos da teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 2ª ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 4ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1993.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BOBBIO, Norberto; AZARA, Antonio e; EULA, Ernesto. *Sanzione. Novissimo digesto italiano*. v. 16, Turim: Utet, 1969.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora Universidade Brasília, 9ª ed. 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOOM, Willem H. van, LUKAS, Meinhard, KISSLING, Christa (eds.). *Tort and Regulatory Law*. New York: Springer, 2007.

BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Teoria dos Ilícitos Cíveis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BRASIL. Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento – Declaração do Rio de Janeiro (ECO-1992). Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ea/v6n15/v6n15a13.pdf>. Acesso em 15 de fevereiro de 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 06 de junho de 2011.

BRASIL. Decreto n.º 2519, de 16 de março de 1998. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. Brasília, Diário Oficial da União em 17 de março de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm. Acesso em: 15 de fevereiro de 2012.

BRASIL. Decreto n.º 2652, de 1º de julho de 1998. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Brasília, Diário Oficial da União de 2 de julho de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2652.htm. Acesso em: 15 de fevereiro de 2012.

Brasil. Decreto n.º 3.724, de 15 de janeiro de 1919. Regula as obrigações resultantes dos acidentes no trabalho. Brasília. Disponível em <http://www.acidentedotrabalho.adv.br/leis/DEC-003724/Integral.htm>. Acesso em: 03 de março de 2011.

BRASIL. Decreto n.º 24.637, de 10 de julho de 1934. Estabelece sob novos moldes as obrigações resultantes dos acidentes do trabalho e dá outras providências. Brasília, Diário Oficial da União em 12 de julho de 1934. Disponível em

BRASIL. Decreto Legislativo n.º 2.681, de 07 de dezembro de 1912. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Brasília, Publicado na CLBR de 1912. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2681_1912.htm. Acesso em: 12 de julho de 2011.

BRASIL. Decreto-lei n.º 227, de 28 de fevereiro de 1967. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Diário Oficial da União de 28 de fevereiro de 1967. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0227.htm. Acesso em: 12 de fevereiro de 2012.

BRASIL. Decreto-lei n.º 7036, de 10 de novembro de 1944. Reforma da Lei de acidentes do trabalho. Brasília, Diário Oficial da União em 13 de novembro de 1944. Disponível em <http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/24/1944/7036.htm>. Acesso em: 19 de outubro de 2011.

BRASIL. Lei n.º 5.316, de 14 de setembro de 1967, regulamentada pelo Decreto n.º 61.784, de 28 de novembro de 1967. Aprova o Regulamento do Seguro de Acidentes do Trabalho. Brasília, Diário Oficial da União de 29.11.1967. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D61784.htm. Acesso em: 02 de fevereiro de 2011.

BRASIL. Lei n.º 6194 de 19 de dezembro de 1974. Dispõe sobre Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não. Brasília, Diário Oficial da União de 20 de dezembro de 1974 e retificada no Diário Oficial da União de 31 de dezembro de

1974. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6194.htm. Acesso em: 22 de fevereiro de 2011.

BRASIL. Lei n.º 10.406 de 10 de Janeiro de 2010. Institui o Código Civil. Brasília, Diário Oficial da União de 11 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 05 de junho de 2011.

BRASIL. Lei n.º 6938/1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, Publicada no DOU de 2.9.81. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 14 de janeiro de 2012.

BRASIL. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, Diário Oficial da União de 11 de janeiro de 2001. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em 10 de março de 2010.

BRASIL. Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, Diário Oficial da União de 12 de setembro de 1990 - (Edição extra) e retificado no Diário Oficial da União em 10 de janeiro de 2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 08 de março de 2010.

BRASIL. Lei n.º 7.347 de 24 de Julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, Diário Oficial da União em 25 de julho de 1985. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 15 de janeiro de 2011.

BRASIL, Lei n.º 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Brasília, Diário Oficial da União em 10 de fevereiro de 1967 e retificada em 10 de março de 1967. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm. Acesso em 12 de setembro de 2011.

BRASIL, Lei n.º 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, Diário Oficial da União em 13 de fevereiro de 1998 e retificado no Diário Oficial da União de 17 de fevereiro de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 15 de março de 2012.

BRASIL. Lei n.º 7.070 de 20 de setembro de 1982. Dispõe sobre pensão especial para os deficientes físicos que especifica e dá outras providências. Brasília, Diário Oficial da União em 21 de dezembro de 1982. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7070.htm. Acesso em: 10 de março de 2012.

BRASIL. Lei n.º 8.884 de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, Diário Oficial da União em 13 de junho de 1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm. Acesso em: 12 de março de 2012.

BRASIL. Lei n.º 9.279 de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, Diário Oficial da União em 15 de maio de 1996. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm. Acesso em: 12 de março de 2012.

BRASIL. Lei n.º 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, Diário Oficial da União em 20 de fevereiro de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2012.

BRASIL. Lei n.º 9.609 de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Brasília, Diário Oficial da União em 25 de fevereiro de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2012.

BRASIL. Lei n.º 9.008 de 21 de março de 1995. Cria, na estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, altera os arts. 4º, 39, 82, 91 e 98 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e dá outras providências. Brasília, Diário Oficial da União em 22 de março de 1995. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9008.htm. Acesso em: 15 de maio de 2012.

BRASIL. Lei n.º 7.347 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, Diário Oficial da União em 25 de julho de 1985. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 13 de maio de 2012.

BRASIL. Lei n.º 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Brasília, Diário Oficial da União em 25 de outubro de 1989. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm. Acesso em: 25 de março de 2012.

BRASIL. Lei n.º 7.913, de 7 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. Brasília, Diário Oficial da União em 07 de dezembro de 1989. Disponível

em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7913.htm. Acesso em: 24 de março de 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n.º 596.682, Rel. Min. Carlos Britto, Brasília, DJe de 21/10/10.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, AI 808.361, Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, DJe de 08/09/10.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, AI 804.854-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, Brasília, DJe de 24/11/2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, AI 756.336-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, Brasília, DJe de 22/10/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares n.ºs 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada n.ºs 36, 185, 211 e 278, e nas Suspensões de Segurança n.ºs 2361, 2944, 3345 e 3355.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, STA 175 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, Brasília, DJe-076, div. 29-04-2010, pub. 30.4.2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, AI 455846/RJ, Rel. Min. Celso de MELLO, Brasília, j. 11/10/2004, DJ de 21/10/2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, STA 175 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076, div. 29-04-2010, pub. 30.4.2010

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 201819, 2ª Turma. de relatoria originária da Ministra Ellen Gracie e de relatoria para o acórdão do Ministro Gilmar Mendes, Brasília, j. 11/10/2005, publicado no DJ em 27/10/2006

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, AC 2695 MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25/11/2010, DJe-231, div. 30/11/2010, pub. 01/12/2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 953.907/MS, Rel. Ministra Fátima Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/03/2010, DJe 09/04/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 866636/SP. Relatora Min.Fátima Nancy Andrighi, Terceira turma, Brasília, 29/11/2007, publicado no DJ em 06/12/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 60129/SP. Relator Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Terceira Turma. Brasília, 20/09/2004, publicado no DJ 16/11/2004.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 442.723/RJ, Relator Min. Aldir Passarinho Junior de 19/12/02.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 474786/RS, Relatora Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, Brasília, DJ de 07.06.2004.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 696.850/RO, Relatora Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, Brasília, DJ 19.12.2005.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 575023/RS, , Relatora Min. Eliana Calmon, Segunda Turma Brasília, DJ de 21.06.2004.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 487749/RS, Relatora Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, Brasília, DJ de 12.05.2003.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 183508/RJ, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, Brasília, DJ de 10.06.2002

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 389879/ MG, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, Brasília, DJ 02.09.2002.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 173366 / SP, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, Brasília, DJ 03.05.1999.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 719354/RS, Relator Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, Brasília, DJ 29.08.2005.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 693172/MG, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Brasília, DJ 12.09.2005.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 598.281/MG, Relator Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, Brasília, julgado em 02.05.2006, DJ 01.06.2006.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 1057274/RS, Relatora Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, Brasília, julgado em 01/12/2009, DJ 26/02/2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 1221756/RJ, Relator Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, Brasília, julgado em 02/02/2012, DJ 10/02/2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Ag 818.350/RJ, Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, Brasília, julgado em 16/10/2008, DJ 28/10/2008.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º474786/RS, Relatora Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, Brasília, DJ 07.06.2004.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 696.850/RO, Relatora Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, Brasília, DJ 19.12.2005.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 575023/RS, Relatora Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, Brasília, DJ 21.06.2004.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 487749/RS, Relatora Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, Brasília, DJ 12.05.2003.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 183508/RJ, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, Brasília, DJ 10.06.2002.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 389879/MG, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, Brasília, DJ 02.09.2002.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 173366/SP, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, Brasília, DJ 03.05.1999.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 1067738/GO, Relator Min. Sidney Beneti, Relator p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, Brasília, julgado em 26/05/2009, DJ 25/06/2009.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 1122984/PR, Relator Min. Humberto Martins, Segunda Turma, Brasília, julgado em 21/10/2010, DJ 09/11/2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 1220007/PR, Relator Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Brasília, julgado em 01/12/2011, DJ 09/12/2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1209792/RJ, Relatora Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, Brasília, julgado em 08/11/2011, DJ 28/03/2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1072035/RJ, Relatora Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, Brasília, julgado em 28/04/2009, DJ 04/08/2009.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 232.649/SP, Relator Ministro Barros Monteiro, Rel. p/ acórdão Ministro César Asfor Rocha, Quarta Turma, Brasília, julgado em 15/08/2002, DJ 30/06/2003.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 751513/RJ, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Brasília, DJ 21/08/2006.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 1.702/CE, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, Brasília, DJ de 9/4/90.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 389.854/PR, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo, Brasília, DJ de 19/12/02.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 677.585/RS, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, Brasília, julgado em 06/12/2005, DJ 13/02/2006.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 813.222/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Brasília, j. 08/09/2009, DJe 04/05/2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 836.913/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, Brasília, julgado em 08/05/2007, DJ 31/05/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 902.473/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, Brasília, julgado em 16/08/2007, DJ 03/09/2007.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 595631, 3ª Turma, rel. Ministra Fátima Nancy Andrighi, DJ 02/8/2004)

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 762.075/DF, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Brasília, j. 16/06/2009, DJe 29/06/2009.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1136885/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Brasília, julgado em 28/02/2012, DJ 07/03/2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 1127484/SP, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, Brasília, julgado em 17/03/2011, DJe 23/03/2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Ag 1251348/RJ, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, Brasília, julgado em 18/05/2010, DJe 25/05/2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Ag 850.273/BA, Relator Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, Quarta Turma, julgado em 03/08/2010, DJe 24/08/2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 1203573/RS, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 13/12/2011, DJe 19/12/2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 065303, Relator. Min. Raul Araújo, Brasília, DJ 10/11/2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 677.585/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, Brasília, julgado em 06/12/2005, DJ 13/02/2006.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1180078/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Brasília, julgado em 02/12/2010, DJe 28/02/2012.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, 9ª Câm. Cív. EI 2004.005.00279, Relator Des. Maldonado de Carvalho, j. 08.03.2005.

BRASIL, Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. 3ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul na AC 195063920, Realtor. Juiz Leo Lima, j. em 09.08.95.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, AG 93915, Relator Des. Federal Vladimir Varvalho, Quinta Turma, DJE 10/08/2010.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, AG nº 200801000218624, Relator Des. Federal Fagundes de Deus, Quinta Turma, DJE 26/03/2010.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, RR 40800-02.2005.5.20.0006 , Relator Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 07/03/2012, Terceira Turma, DJE 03/04/2012.

BRASIL, Tribunal de Justiça/RJ, AC 0155908-04.2007.8.19.0001, 3.ª Câmara Cível, rel. Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho.

BRASIL, Tribunal de Justiça/RJ, AC 0003254-31.2009.8.19.0011, 9ª Câmara Cível, rel. Des. Rogério de Oliveira Souza, j. 04/07/2011.

BRASIL, Tribunal de Justiça/ RJ, AC 0070402-60.2007.8.19.0001, 4ª Câmara Cível, rel. Des. Marcelo Lima Buhatem, j. 01/03/2011.

BRASIL, TRF 5ª Região, Quinta Turma, AG 93915, Rel. Des. Federal Vladimir Varvalho, DJE 10/08/2010.

BRASIL, TRF1ª Região, Quarta Turma Suplementar, AI nº 200401000586873, Rel. Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos, e-DJF1 DATA:08/02/2012,

BRASIL, TRF 1ª Região, Quinta Turma, Rel. Des. Federal Selene Maria de Almeida, e-DJF1 DATA:04/10/2010.

BRASIL, TRF1ª Região, Quinta Turma, AC nº 200634000249385, Rel. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, e-DJF1 30/09/2011.

BRASIL, TRF 5ª Região, Segunda Turma, AG 200905000504147, Rel. Des. Fed. Rubens de Mendonça Canuto, DJE 10/02/2010.

BRASIL, TJ/PR, 5ª Câmara Cível, AC 467540-3, Rel. Des. Rosene Arão de Cristo Pereira, DJ 22/08/2008.

BRASIL, TJ/PR, 10ª Câmara Cível, AC 610551-7, Rel. Luiz Lopes, j. 19/11/2009, DJ 17/12/2009.

BRASIL, TJ/PR, 9ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 720179-0, Rel. Des. Francisco Luiz Macedo Júnior, DJ 15/04/2011.

BRASIL, TRF 4ª Região, Terceira Turma, AC 200471000207352, Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, DJ 13/09/2006.

BRASIL, TRF 5ª Região, Segunda Turma, AC 200780010005006, Rel. Des. Fed. Francisco Wildo, DJE 01/12/2009.

BRASIL, TRF 2ª Região, Sétima Turma, Especializada, AC 200450010019110, Rel. Des. Fed. Theophilo Miguel, DJU 15/09/2009.

BRASIL, TRF da 3ª Região, AC 432487/SP, Terceira Turma, Rel. Des. Cecília Marcondes, DJ de 29/01/2003

BRUN Philippe, *La réparation Les préjudices réparables en droit français positif et prospectif*, disponível no endereço http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/273/273034_philippebrun.pdf, acessado em 16/04/2012.

BUCHANAN, James M. Positive Economics, Welfare Economics, and Political Economy. *The Journal of Law and Economics*. V. 2, p. 124-138, 1959.

CABANA, Roberto M. López. Limitaciones a la integra reparacion del daño. ALTERINI, Atílio A. e CABANA, Roberto M. López (coords.) *Temas de Responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Buenos Aires, 1999.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and law of torts. *Yale Law Journal*, v.70, n.º 4, 1961.

CALABRESI, Guido. *El Coste de Los Accidentes: Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Trad. Joaquim Bisbal. Barcelona: Editorial Ariel, 1984.

CALABRESI, Guido e MELAMED, A. Douglas. Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral. *Harvard Law Review*. Vol. 85, n.º6, p.1089-1128, 1972.

CALABRESI, Guido. Transaction costs, Resource allocation and Liability Rules – A comment. *The Journal of Law and Economics*. V. 11, p. 67-73, 1968.

CALAMANDREI, Piero. *Derecho processual civil*. México: Oxford University Press, 1999.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. E introd. António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1965.

CAPPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interesse collettivi o diffusi. *Le azioni a tutela di interessi collettivi*. Pádua: Cedam, 1976.

CÁRCOVA, Carlos María. *A opacidade do Direito*. Trad. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: Ltr, 1998.

CÁRCOVA, Carlos María. *Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho*. Buenos Aires, Febrero, 2000.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. El daño a la persona. Sirve al Derecho Argentino la creacion pretoriana de la jurisprudencia italiana? *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1995.

CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: L.G.D.J., 1995.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Doutrina e prática das obrigações*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. 2ª ed. v. 01. Coimbra: Centelha, 1981.

CASANO, Giuseppe. *La giurisprudenza del danno esistenziale*. Piacenza: La Tribuna, 2000.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Curso de Introdução ao estudo do direito*, Coimbra: 1976.

CASSETARI, Christiano. *Multa contratual: teoria e prática da cláusula penal*. 2 ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Extensão dos direitos e deveres fundamentais às relações privadas. *Direitos humanos: desafios humanitários contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos Refugiados (Lei n.º 9474 de 22 de julho de 1997)*. João Carlos de Carvalho Rocha, Tarcísio Humberto Parreiras Henriques Filho, Ubiratan Cazetta (coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COASE, Ronald H. Adam Smith's view of man. *The Journal of Law and Economics*. V. 19, p. 529-546, 1976.

COASE, Ronald H. O problema do custo social. *Direito e economia – textos escolhidos*. São Paulo, Saraiva, 2010. Bruno Meyerhof Salama.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*. 1960.

COLEMAN, Jules. The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical Review of Richard Posner's 'The Economics of Justice'. *Stanford Law Review*, v. 34, n. 5, p. 1105-1131, 1982.

COMANDÉ. Giovanni. *Risarcimento del danno alla persona a alternative istituzionali*. Torino: Giappichelli, 1999.

COMMONS, R. *Legal Foundations of Capitalism*. New York: MacMillan, 1924.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

COOTER, Robert D. Le migliori leggi giuste: i valori fondamentali nell'analisi economica del diritto. *Analisi economica del diritto privato*. Milano: Giuffrè Editore, 1998.

COOTER, Robert D. The Confluence of Justice and Efficiency in Economic Analysis of Law. PARISI, Francesco e ROWLEY, Charles (coord.) *The Origins of Law and Economics, Essays by the Founding Fathers*. Edward Elgar Publishing, 2005.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

CORTIANO JUNIOR. Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados Direitos da personalidade. *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CORTIANO JUNIOR. Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

COSTA JUNIOR, Olímpio. *A relação jurídica obrigacional: situação, relação e obrigação em direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

COUTO e SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatky, 1976.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit bresilien et comparé*. 1988. (versão datilografada)

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988.

CUPIS, Adriano de. *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*. Trad. Angel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1975.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes Editora, 1961.

DAHLMAN, Carl J. The problem of Externality. *The Journal of Law and Economics*. V. 22, p. 141-162, 1979.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DENTI, Vittorio. Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali. *Rivista di Diritto Processuale*, v. XIX, 1964.

DI MAJO, Adolfo. *Delle obbligazioni in generale: arts. 1173-1776*. Bologna: Zanichelli, 1988.

DI MAJO, Adolfo. Forme e tecniche di tutela. *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*. Napoli: Jovene, 1989.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DIRETIVA n.º 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 21 de Abril de 2004, estabeleceu regras relativas à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais. Jornal Oficial da União Europeia de 30 de abril de 2004. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:143:0056:0075:pt:PDF>. Acesso em 30 de abril de 2012.

DONNINI, Rogério. *Prevenção de danos e a extensão do princípio do neminem laedere*. Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério Donnini (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DUGUIT, León. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoleon*. Paris: Felix Alcan, 1912.

DWORKIN, Ronald. Is Wealth a Value? *The Journal of Legal Studies*, v.9, n.2, p. 191-226, 1980.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

EPSTEIN, Richard A. *Cases and Materials on Torts*, p. 175-176 (*Circuit Court of Appeals, Second Circuit*, 159 f. 2ª ed., 1947).

ESPÍNOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações*. Atual. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do Direito Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

ESTRELA, Hernani. A comercialização do Direito Civil. *Revista Forense*, v. 185, n.º 675-676, p. 31-45, set.-out., 1959.

EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of European Tort Law*. Áustria: Springer Wien New York, 2005.

EWALD, François. Responsabilité – Solidarité – Sécurité: La crise de la Responsabilité en France à la fin du XXè siècle. DUBUISSON, B. (Coord.). *Responsabilité Civile Approfondie*. v. 1. Louvain-La-Neuve: UCL, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. Contratos e responsabilidade civil: duas funcionalizações e seus traços. *Revista dos Tribunais*, vol. 903, p. 26, Jan/2011.

FACHIN, Luiz Edson. Entre duas modernidades: a constituição da persona e o mercado. *Revista de Direito Brasileira*, vol. 1, Jul/2011.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. O aggiornamento do direito civil brasileiro e a confinação negocial. *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Luiz Edson Fachin (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo P. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 1, v. 4. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões históricas-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil*. vol. 1. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1995.

FERNANDES, Milton. *Os direitos da personalidade*. Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FORGIONI, Paula Andréa. Análise Econômica do Direito: paranóia ou mistificação. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 139, p. 242-256, 2005.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1998.

FRIGNANI, Aldo. L'Azione Inibitoria Contro Le Clausole Vessatorie (considerazioni "fuori dal coro" di un civilista). in: *Rivista di Diritto Processuale*. Anno LII (Seconda Serie), nº 04, Padova: Cedam, ottobre-dicembre 1997.

FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

GALLO, Paolo. *Punitive damages in Italy?* Disponível em <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/Torts/Gallo-1997/gallo.doc>. Acesso em 09 de dezembro de 2005.

GAROUPA, Nuno. *Combinar a Economia e o Direito. A análise econômica do direito*. Disponível em <http://cepejus.libertar.org/index.php/systemas/article/view/11/0>. Acessado em: 05 de abril de 2012.

GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. SARLET, Ingo W. (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GEDIEL, José Antônio Peres. Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GEISTFELD, Mark A., Due process and the deterrence rationale for punitive damages" (2011). *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 311. Disponível em http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/311, p. 112-113. Acesso em 01 de maio 2012.

GHERSI, Carlos Alberto. *Teoría general de la reparación de daños*. Buenos Aires: Ástrea, 1997.

GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil - Les obligations, le contrat: formation*. Paris: L.G.D.J. 1988.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolo: o que a globalização está fazendo de nós*. 3ª ed. São Paulo: Record, 2003.

GIDDENS, Anthony. *Runaway World, How Globalization is Reshaping our lives*. New York: Routledge, 2000.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

GIORGIANI, Michele. *L'obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1968.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de hardship*. Curitiba: Juruá, 2008.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *O contrato e a sua internacionalização: o novo papel do costume como fonte de obrigações contratuais*, 2011, 425 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

GOLDBERG, John C.P. The Constitutional Status of Tort Law: Due Process and the Right to a Law for the Redress of Wrongs. *The Yale law Journal*, n. 115, 2005.

GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GOMES, Orlando. A evolução do Direito privado e o atraso da técnica jurídica. *Revista Direito GV*, v. 1, maio/2005, p.121-134.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GOMES, Orlando. *Tendências modernas da reparação de danos. Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil). *Revista brasileira de direito constitucional – RBDC*, n. 10 – jul./dez. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

HERMAN, Benjamin. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Doutrinas Essenciais – Responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HESSE, Konrad. Concepto y cualidad de la Constitución. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HIGHTON, Elena I. La salud, la vida y la muerte. Um problema etico-juridico: el difuso limite entre el daño y el beneficio a la persona. *Revista de Derecho Privado Y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1995.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Direito Civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade civil: o estado da arte, no declínio do segundo milênio e albos de um tempo novo. Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. Coord. Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério Donini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HUTCHISON, Terence. Adam Smith and The Wealth of Nations. *The Journal of Law and Economics*. v. 19, p. 507-528, 1976.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4ª ed. Milão: Giuffrè, 1999.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Cómo contratar em uma economia de mercado*. Buenos Aires/Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

ITURRASPE, Jorge Mosset. El daño fundado em la dimension del hombre em su concreta realidad.” Daños a la persona. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1995.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Interpretación económica de los contratos*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1994.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños: Responsabilidad Coletiva*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1992.

JONAS, Hans. *Le principe responsabilité: une éthique pour la civilisation technologique*. Trad. Jean Greich. 3 éd. Paris: Ed. Du Cerf, 1993

JOSSERAND, Louis. *La responsabilité du fait des choses inanimées*. Paris: A. Rousseau, 1897.

JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 3 éd. Paris: Dalloz, 1996.

JOURDAIN, Patrice e VINEY, Geneviève. *Traité de Droit Civil: les effets de la responsabilité*. 3 éd. Paris: L.G.D.J, 2011.

JOURDAIN, Patrice. *Revue Trimestrelle de droit civil*. Paris: Sirey, n.º 04, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KERN, Bernd-Rüdiger. A função de satisfação na indenização do dano pessoal: um elemento penal na satisfação do dano? *Revista de Direito do Consumidor*. Jan./mar., n.º 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

KOURILSKY, Philippe e VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution*. Paris Editions Odile Jacobs, 2000.

KROETZ, Maria Cândida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*. Tese de doutoramento apresentada na Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

KROETZ, Maria Cândida do Amaral e VENTURI, Thaís G. Pascoaloto Venturi. O papel do Superior Tribunal de Justiça na revisão do montante das indenizações por danos extrapatrimoniais e a aplicabilidade da Súmula 07. *Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo*. CORTIANO JUNIOR, Eroulths, FACHIN, Luiz Edson, NALIN, Paulo, MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (coords.) Curitiba: Juruá, 2008.

KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. L'éthique de la responsabilité. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. n.º1, jan.-mars. Paris: Dalloz, 1998.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. L'évolution de la Responsabilité Civile D'une Dette de Responsabilité à Une Créance D'indemnisation. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v.86, n.º1, Paris: Dalloz, 1987.

LANDES, Elisabeth M. Insurance, Liability, and accidents: a theoretical and empirical investigation of the effects of no-fault accidents. *The Journal of Law and Economics*. v. 25, 1982, p. 25-65.

LANDES, William M. e POSNER, Richard. Nexo de causalidade e responsabilidade civil: uma abordagem econômica. *Direito e Economia* (coord. SALAMA, Bruno). São Paulo, Saraiva, 2010.

LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Direito das obrigações: elementos caracterizadores para compreensão do Livro I da parte especial do Código Civil. *Arte Jurídica*. CANEZIN, Claudete (org). v. I. Curitiba: Juruá, p. 277-291, 2004.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo código civil brasileiro. *Responsabilidade civil, v.1- Teoria geral*. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2006.

LOPES, Tereza Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. La lesion fisica a la persona. El cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante. Daños a la persona. *Revista de Derecho Privado Y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1995.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa: Coimbra Editora, v. XLIII, n.º 2, 2002

MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics.. *Encyclopedia of law and economics*. BOUCKAERT, Boudewyn; DE GEEST, Gerrit (eds.). v. 1. Cheltenham: Edward Elgar, 2000.

MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde: arts. 83 e 84, CDC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao Direito Material e à realidade social*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/LuizGMarinoniformatado.pdf>. Acessado em 10 de janeiro de 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º ao 74: aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARKESINIS, Basil S.; UNBERATH, Hannes. *The german law of torts: a comparative treatise*. 4ª ed. Oxford: Hart, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS COSTA, Judith. *Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil. Estruturas e rupturas em torno do art. 187*. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/4229/breves-anotacoes-acerca-do-conceito-de-ilicitude-no-novo-codigo-civil> – Acesso em 10/09/2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. vol. V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social. *A reconstrução do direito privado*. MARTINS-COSTA, Judith (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 789, jul. 2001, p. 21-47.

MARTINS-COSTA, Judith. Os Direitos Fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. Out., v. 93, p. 29-52, 1991.

MARTINS COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*. Brasília, n.28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

MATHIS, Klaus. Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Trad. Deborah Shannon. *Law and Philosophy Library*, vol. 84, New York: Springer, 2009.

MAZEAUD, Henri et MAZEAUD, Léon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*. 3ª ed., t.1, n.º 8. Paris: Éditions Montchrestien, 1938.

MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Leon et TUNC, André. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. Tome I, Paris: Montchrestien, 1957.

MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Leon et TUNC, André. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 5ª ed. Paris: Montchrestien, 1960.

MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Leon et TUNC, André. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 6ª ed. Paris: Montchrestien, 1965.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. *Repensando os fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

MILARÉ, ÉDIS. *Curadoria do Meio-Ambiente*. São Paulo: APMP, 1988.

MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. Claudia Lima Marques (coord.). *A nova crise do contrato – Estudos sobre a nova teoria contratual*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MONIER, Jean Claude. Personne humaine et responsabilité civile. *Droit et Cultures*, n.º 31, 1996-1. Paris: L'Harmattan, 1996.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Na medida da pessoa humana; estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.
MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de direito civil*. V. 18, abr./jun. Rio de Janeiro: Padma, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas: reflexos iniciais acerca da conexão entre os temas. RDE. *Revista de Direito do Estado*, v. 2, p. 163-192, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do Direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados 'interesses difusos'. *Revista de Processo* nº 28, p. 7-19. São Paulo, RT, outubro-dezembro/1982.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição*. Coimbra: FDUC, 1970

MOTA, Maurício. A pós-eficácia das obrigações revisitada. *Transformações contemporâneas do direito das obrigações*. Maurício Mota, Gustavo Kloh (organizadores). Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MOTTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil – parte geral*. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu T. de. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NORONHA, Fernando. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. *Doutrinas essenciais – Responsabilidade civil* (coord. NERY Jr, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade). vol. 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. *Doutrinas essenciais – Responsabilidade civil* (coord. NERY Jr, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade). vol. 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: University Press, 1990.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NUTTER, G. Warren. The Coase Theorem on social cost: a footnote. *The Journal of Law and Economics*. v. 11, p. 503-508, 1968.

PARISI, Francesco, PALMER, Vernon e BUSSANI, Mauro. The comparative law and economics of pure economic loss. *George Mason University School of Law, Working Paper Series*, 2005, Paper 28. Disponível em: <http://law.bepress.com/gmulwps/gmule/art28>. Acessado em 10 de março de 2012.

PASQUALOTTO, Adalberto. Responsabilidade civil por dano ambiental: considerações de ordem material e processual. Antonio Herman V. Benjamin (org.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 15ª ed. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Teoria geral das obrigações*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre particulares. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. BARROSO, Luís Roberto (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto Privato Futuro*. Nápole: E.S.I, 1993.

PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Camerino: Jovene Editore, 1972.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *Profili del diritto civile*. 3ª ed. Scientifique Italiane.

PINTO MONTEIRO, Antônio Joaquim de Matos. *Cláusula penal e indenização*. Coimbra: Almedina, 1990.

PISANI, Andrea Proto. Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario. *Le azioni a tutela di interessi collettivi*. Pádua: Cedam, 1976.

POLINSKY, Mitchell A. *An introduction to law and economics*. 3ª ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de direito privado*. Tomo II, Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de Direito Privado*. Tomo VII, Rio de Janeiro: Borsoi, 1981.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de direito privado*. Tomo XXVI, Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. 3ª ed. Tomo XXVI, Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de Direito privado*. Tomo LIV, Rio de Janeiro, Editora Borsoi, 1967.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de direito privado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998.

POSNER, Richard. *A economia da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. Boston: Little Brown, 1973.

POSNER, Richard. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POSNER, Richard. *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

PÜSCHEL, Flavia Portella. A função comunicativa da responsabilidade civil: evidências a partir de um caso de impunidade. *Revista Direito Getúlio Vargas*, v. 28, São Paulo, 2008.

PÜSCHEL, Flavia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil. Artigos (working papers) *DIREITO GV*, n. 1, vol. 1, maio. São Paulo, 2005.

PÜSCHEL, Flavia Portella. Responsabilidade civil objetiva: correção de trocas ineficientes ou repressão ao ilícito? Artigos (working papers) *DIREITO GV*, n. 46, mar. São Paulo, 2010.

PÜSCHEL, Flavia Portella e MACHADO, M. R. de ASSIS. *Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades civil e penal*. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/reconst_da_dogmatica_flavia_puschel_e_marta_machado.pdf, p. 6-9. Acessado em 22 de março de 2012.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

RAPISARDA, Cristina. Premesse allo studio della tutela civile preventiva. *Revista di Diritto Processuale*, n. 01, gen/marz. Padova: Cedam, 1980.

RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitória*. Padova: Cedam, 1987.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

REALE, Miguel. O dano moral no direito brasileiro. *Temas de direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RENNER, Karl. *Gli istituti Del diritto privato e la loro funzione sociale*. Bologna: Il Mulino, 1981.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira e GALESKI Jr, Irineu. Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Eslevier, 2009.

RICOEUR, Paul. Le concept de responsabilité – Essai d'analyse sémantique. *Le juste*. Paris: Ed. Esprit, p. 41-70, 1995.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2002.

RIPERT, George. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. Trad. Gilda G. de Azevedo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

RIPERT, George. *O regime democrático e o direito civil moderno*. Trad. J. Cortezão. São Paulo: Saraiva, 1937.

RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milão: Giuffrè, 1967.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Parte geral das obrigações*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. *De los delitos y de las víctimas*. ESER, Albin et all. Buenos Aires: AdHoc, 2001.

RUSSO, Ennio. Adempimento del dovere e adempimento dell'obbligazione (art.1176 e 1218 C.C.) *Rivista di Diritto Civile*, ano XLVI, Padova: Cedam, 2000.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso da atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

SALEILLES, Raymond. *Les accidents du travail et la responsabilité civile*. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle. Paris: A. Rousseau, 1897.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Trad. Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito e Economia – textos escolhidos*. Bruno M. Salama (org.). São Paulo: Saraiva, 2010.

SALDANHA, Nelson Nogueira. História do direito. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 41. São Paulo: Saraiva, 1997.

SALVI, Cesare. *La responsabilità civile*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2005.

SALVI, Cesare. *Legittimità e razionalità dell'art. 844 Codice Civile*. Giurisprudenza italiana, 1975.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez Editora, 2002.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Breves considerações sobre os deveres de proteção do estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 58, Abr. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Daniel Sarmento, Flávio Galdino (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito contemporâneo e no Brasil. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. BARROSO, Luiz Roberto (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHÄFER, Hans-Bernd e OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*. Northampton: Edward Elgar, 2004.

SCHÄFER, Hans- Bernd e OTT, Claus. *Manual de Análisis Económico Del Derecho Civil*. Tradução de Macarena C. Lichterfelde. Madrid: Tecnos, 1991.

SCHÄFER, Hans-Bernd e MÜLLER-LANGER, Frank. Strict liability versus negligence. *Tort law and economics*. Faure, Michael (ed.). Cheltenham: Edward Elgar, 2009.

SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. *Revista trimestral de direito civil*. v. 12, out./dez. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

SCOGNAMIGLIO, Renato. Il dano morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale). *Rivista di diritto civile*, n. 3, 1957.

SEGUÍ, Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 52, Out./dez., 2004.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987.

SHAVELL, Steven. *Foundations of economics analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Editora Método, 2006.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Coimbra, 1990

SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia – o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SINTEZ, Cyril. *La sanction préventif en droit de la responsabilité civile*. Thèse, 2009, Université de Montreal. Sous la co-direction de Madame Catherine Thibierge. Disponível em https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/bitstream/1866/3748/2/Sintez_Cyril_2009_these.pdf. Acessado em 12 de março de 2012.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Adimplemento contratual e cooperação do credor*. São Paulo: Saraiva, 2011.

STAUT Jr., Sérgio Said. *Direitos autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2006.

STIGLER, George J. Law or economics. *The Journal of Law and Economics*, v.35, p. 455-468, 1992.

STIGLER, George J. *The Theory of Price*. 3ª ed., New York: Macmillan, 1966.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993

SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo código civil. *Revista de direito privado*. vol. 22, abr/2005.

SZTAJN, Rachel. Law and economics. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (orgs.). *Direito & economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004.

TALAMINI, Eduardo. *Tutelas relativas aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TARUFFO, Michele. I limiti soggettivi del giudicato e le *class actions*. *Rivista di diritto processuale*, 1969.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*. 7ª ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. *Temas de direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os direitos de personalidade. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe - ESMESE*, nº 03. 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. Gustavo Tepedino (Org.). *A parte geral do novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. *Revista trimestral de Direito Civil*, v. 2, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. Itinerário para um imprescindível debate metodológico. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n.º 35. Rio de Janeiro: Padma, julho/setembro, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Prefácio. Calixto, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil - estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. O Futuro da Responsabilidade Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 24, (editorial). Rio de Janeiro: Padma, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. *Temas de Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil: Dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova*. v. III, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

THIBIERGE, Catherine. *Avenir de la responsabilité, responsabilité d'avenir*. Chronique, n. 9, mars., p. 577-582. Paris: Recueil Dalloz, 2004.

THIBIERGE, Catherine. Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?). *Revue trimestrelle de Droit Civile*, n.º 3, 1999.

TUHR, Andreas Von. *Teoría general del derecho civil alemán*. v. 2, t. I. Trad. Tito Rava. Buenos Aires: Depalma, 1946.

TIMM, Luciano Benetti. Os grandes modelos de responsabilidade civil no direito privado: da culpa ao risco. *Responsabilidade civil, v.1- Teoria geral*. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery organizadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TOBEÑAS, José Castán. *Los Derechos de la Personalidad*. Madrid: Instituto Réus, 1952.

TOLOMEI, Young. A noção de ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do novo Código Civil. *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. TEPEDINO, Gustavo (coord.), 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Marid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967.

TRIMARCHI, Pietro. Illecito. *Enciclopédia del Diritto*, v.20.

TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 11 ed. Milano: Giuffrè, 1996.

TRONCOSO, Maria Isabel. El principio de precaución y la responsabilidad civil, Universidad Externado de Colombia. *Revista de Derecho Privado*, n.º 18, 2010.

TUHR, Andreas Von. *Teoría general del derecho civil alemán*. v.2, t. I. Trad. Tito Rava. Buenos Aires: Depalma, 1946.

TUNC, Andre. *La responsabilité civile*. 2ª ed. Paris: Economica, 1989.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. I. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 1996.

VARELA, João de Mattos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. 2, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 1997.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

VELJANOVSKI, Cento. *Economic principles of law*. Cambridge: Cambridge press, 2007.

VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000.

VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VENTURI, Elton. Responsabilidade civil por danos causados aos direitos difusos e coletivos. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 15. São Paulo. Revista dos Tribunais, jul/1995.

VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *A responsabilidade civil e sua função punitivo-pedagógica no Direito Brasileiro*. 226 f., Dissertação de mestrado apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo – La legittimazione ad agire*. Milão: Giuffrè Editore, 1979.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*. 3ª ed. Paris: L.G.D.J., 2007.

VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: les effets de la responsabilité*. 3ª ed. Paris, L.G.D.J., 2010.

VINEY, Geneviève. *Responsabilité*. *Archives de Philosophie du Droit*, n. 35, Paris: Sirey, 1990.

ZIVIZ, Patrizia; CENDON, Paolo. *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 2000.

ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel (coord.). *Direito & Economia –Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro – Obrigações e contratos*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octavio Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1993.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2ª ed. Lisboa: C. Gulbenkian, 1967.

WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: Free Press, 1985.

W. PROSSER, J. Wade & V. SCHWARTZ. *Torts. Cases and Materials*. 7ª ed. New York: Foundation Oress, 1982.